

DIÁLOGOS Y DEBATES EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIOJURÍDICA DE NARIÑO

Libro por capítulos resultado del VI Encuentro
Regional de investigación jurídica y
sociojurídica - Nodo Sur

RED NACIONAL DE GRUPOS
Y CENTROS DE INVESTIGACIÓN
JURÍDICA Y SOCIOJURÍDICA -
NODO SUR



Universidad de Nariño
TANTVM POSSVMVS QVANTVM SCIMVS

DIÁLOGOS Y DEBATES EN LA
INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIO JURÍDICA DE NARIÑO
VOLUMEN I

RED NACIONAL DE GRUPOS Y CENTROS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y
SOCIO JURÍDICA – NODO SUR

Universidad de Nariño
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos – Ciesju
2018

Molina Rodríguez, Diana Isabel

Diálogos y Debates en la Investigación Jurídica y Socio Jurídica de Nariño/ Red Nacional de Grupos y Centros de Investigaciones Jurídica y Socio Jurídica – Nodo sur.- Diana Isabel Molina Rodríguez. ... [et.al]. 1ª.ed.- Vol 1.-San Juan de Pasto. – Editorial Universidad de Nariño, 2018

168 p.: incluye bibliografía

ISBN: 978-958-8958-51-4

1. Investigación Jurídica 2. Derecho – Investigaciones 3. Derecho Instituciones – Investigación 4. Diálogos debates – Investigación Jurídica (Nariño).

I.Cárdenas Caycedo, Omar Alfonso, Coordinador y Compilador, II.Patiño Yépez, Alvaro Alfonso. III. Narváez Benavides, Daniela. IV.Chamorro Rosero, Mauricio. V. Bastidas Rosero, Jaime Andres.VI. Casanova Mejía, Andrea Carolina. VII. Montezuma Enríquez, Raúl. VIII. Pantoja Narváez, Gabriel. IX . Dueñas Narváez, José Vicente. X. Caicedo Cárdenas, Anny Viviana. XI. Patichoy Benavides, Gionvanni. XII. Cortés Arciniegas, Wilmer Arley XIII. Pantoja Mallama, Janeth Liliana.

340.1 D541 – SCDD – 21

Biblioteca Alberto Quijano Guerrero

DIÁLOGOS Y DEBATES EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIO JURÍDICA DE NARIÑO – Volumen I
RED NACIONAL DE GRUPOS Y CENTROS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIO JURÍDICA – NODO
SUR

Universidad de Nariño
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos

© Editorial Universitaria – Universidad de Nariño

Coordinador y Compilador: Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

Autores: Diana Isabel Molina Rodríguez, Álvaro Alfonso Patiño Yépez, Daniela Narváez Benavides, Mauricio Chamorro Rosero, Jaime Andrés Bastidas Rosero, Andrea Carolina Casanova Mejía, Raúl Montezuma Enríquez, Gabriel Pantoja Narváez, José Vicente Dueñas Narváez, Anny Viviana Caicedo Cárdenas, Gionvanni Patichoy Benavides, Wilmer Arley Cortés Arciniegas, Janeth Liliana Pantoja Mallama.

ISBN 978-958-8958-51-4

Primera Edición

Corrección de Estilo: Pilar Navarro

Diagramación, impresión y terminación: Whatson René Ordoñez

Impreso y hecho en Colombia/ Printed and made in Colombia

Prohibida la reproducción total o parcial, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin la autorización escrita de los autores

Mayo de 2018

Tabla de contenido

1. EL MAL, LA LIBERTAD HUMANA Y LA FILOSOFÍA DE LA HISTORIA: DEBATES PENDIENTES PARA ENTENDER EL NACIMIENTO DEL DERECHO MODERNO – Diana Isabel Molina y Alvaro Alfonso Patiño.....	6
2. DECOLONIALIDAD DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA: ALCANCES EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO – Daniel Narváez Benavides y Mauricio Chamorro Rosero	32
3. PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS – Jaime Andrés Bastidas Rosero	48
4. CONSULTA PREVIA Y MEDIO AMBIENTE: DEL RECONOCIMIENTO FORMAL A LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS – Andrea Carolina Casanova Mejía	64
5. LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: COMENTARIOS CRÍTICOS A LA SENTENCIA C-028 DE 2006 – Alvaro Alfonso Patiño y Raúl Montezuma Enríquez.	84
6. EI CONSEJO NACIONAL ELECTORAL EN EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES ELECTORALES – Gabriel Pantoja Narváez	111
7. APLICACIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE REPARACIÓN INTEGRAL EN EL CASO DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA PERPETRADO POR EL EJÉRCITO NACIONAL – PELOTÓN ESPECIAL “BUITRE UNO” – CASOS 4 Y 7 – José Vicente Dueñas Narváez, Anny Viviana Caicedo Cárdenas y Giovanni Patichoy Benavides	122
8. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRIGENTES E INTERMEDIARIOS EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER CRIMINAL – Wilmer Arley Cortés Arciniegas y Janeth Liliana Pantoja Mallama	144

PRESENTACIÓN

El libro “DIÁLOGOS Y DEBATES EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIOJURÍDICA EN NARIÑO”, pretende dar a conocer a la comunidad académica los resultados de las investigaciones realizadas por docentes y estudiantes vinculados a las Universidades de Nariño, IUCESMAG, Cooperativa de Colombia y Mariana, integrantes del NODO SUR DE LA RED NACIONAL DE GRUPOS Y CENTROS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIO JURÍDICA. Representa, sin lugar a dudas, el esfuerzo conjunto de una generación de profesores de distintas instituciones que han transformado la manera de enseñar el derecho, impulsando como nunca antes la investigación.

Los programas de derecho de las universidades integrantes del NODO SUR, cuentan con diversos orígenes, objetivos y perspectivas, esto no ha sido obstáculo para aunar esfuerzos y consolidar los encuentros regionales de la red, asimismo, para representar a la región en los diferentes eventos nacionales, demostrando que desde el suroccidente de Colombia es posible realizar lecturas originales y profundas de la realidad jurídica nacional e internacional. El presente texto es evidencia de ello y expone los resultados de investigación correspondientes al año 2016.

Cabe destacar que “DIÁLOGOS Y DEBATES EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIO JURÍDICA EN NARIÑO” es el segundo libro resultado de investigación que surge del NODO SUR, cuya edición le correspondió a la Universidad de Nariño. El primer libro se denominó “NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIO JURÍDICA EN NARIÑO”, que recogió los resultados del año 2015 y su edición estuvo a cargo de la IUCESMAG. Aclarando así, que la producción en materia de investigación del NODO SUR y de los grupos de investigación de las universidades que lo integran ha sido continua.

En la presente versión, el lector encontrará un compendio de los resultados o avances de investigación, desarrollados por connotados investigadores nariñenses, dividido en ocho capítulos, donde se recorrerán temas diferentes tales como la teoría jurídica, nuevo constitucionalismo latinoamericano, principios y conceptos jurídicos básicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la situación de las personas privadas de la libertad dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, consulta previa, entre otros.

Es mi deber resaltar la participación de los estudiantes miembros de los semilleros de investigación, quienes año tras año se preparan para participar en los eventos que organiza el NODO SUR, consolidándose en auténticas escuelas de formación de pensamiento al interior de los programas de derecho de la región. Los semilleros dan vitalidad al nodo y garantizan la continuidad generacional en materia de investigación.

Por último, desde estas líneas se hace extensiva una invitación cordial y emotiva a los docentes y a los estudiantes miembros de los semilleros, a continuar por la exigente pero maravillosa senda de la investigación jurídica y sociojurídica.

Mg.Omar Alfonso Cárdenas Caycedo
Director CIESJU/Universidad de Nariño
Compilador

1. EL MAL, LA LIBERTAD HUMANA Y LA FILOSOFÍA DE LA HISTORIA: DEBATES PENDIENTES PARA ENTENDER EL NACIMIENTO DEL DERECHO MODERNO

Diana Isabel Molina Rodríguez¹

Álvaro Alfonso Patiño Yepes²

RESUMEN

El Derecho Moderno y la Filosofía de la Historia tienen un relato originario en común que data de la tribunalización contra Dios por parte de los idealistas radicales, a causa de los malestares del mundo. Su defensa de tipo racional, especialmente expuesta por Leibniz, fue conocida como la Teodicea, estudiada a la luz de muchos intereses filosóficos y teológicos por autores de distintos tiempos. El presente trabajo trata de reconstruir dicho relato originario analizando la teodicea tradicional, que soportó sus argumentos bajo la tesis del *mejor de los mundos posibles*, y la posterior teodicea basada en la tesis de la autonomía, que aceptó el sueño de la utopía idealista, esto terminó otorgando libertad y culpabilidad al hombre que nace a la modernidad.

PALABRAS CLAVE

Teodicea, Filosofía de la Historia, Derecho Moderno, utopía

¹ Abogada, Magíster en Filosofía de la Universidad del Valle. Docente de Filosofía del Derecho y Epistemología de la Investigación, Universidad Cooperativa de Colombia y Universidad Mariana de Pasto. Miembro del grupo de investigación La Minga, clasificación B en Colciencias y "Saber Sociojurídico" de la Universidad Mariana. Correo electrónico: molinita15@hotmail.com

² Abogado, docente investigador del Grupo "Saber Sociojurídico" del Programa de Derecho de la Universidad Mariana. Correo electrónico: apatino@umariana.edu.co

ABSTRACT

EVIL, HUMAN LIBERTY AND THE PHILOSOPHY OF HISTORY: DEBATES PENDING TO UNDERSTAND THE BIRTH OF MODERN LAW

Modern Law and the Philosophy of History have a common original proceeding that dates from the '*tribunalization*' against God on the part of the radical idealists, because of the discomforts of the world. Their rational defense, especially set forth by Leibniz, was known as Theodicy, studied in the light of many philosophical and theological interests by authors of different times. The present work deals with reconstructing this original narrative, analyzing the traditional Theodicy that endured its arguments under the thesis of the *best of the possible worlds*, and the subsequent theodicy based on the thesis of the autonomy that accepted the dream of the idealistic utopia, which ended by granting freedom and guilt to the man born to modernity.

KEY WORDS

Theodicy, Philosophy of History, Modern law, utopia

1.1 INTRODUCCIÓN

La Europa del siglo XVIII acoge la teodicia tradicional, reconocida como el mejor de los mundos posibles, que presenta el dolor, el sufrimiento o el mal, con una suerte de resignación. Ésta es una de las razones por las cuales se calificó a tal tendencia filosófica como optimismo metafísico, que como corriente de pensamiento que no solo se presentó desde la comunidad filosófica de la época sino que también halló eco en diferentes movimientos intelectuales que la popularizaron.³

³ A este respecto puede verse el estudio sobre la Teodicea como movimiento histórico en los extractos del libro: Hellwig, Marion. Alles ist gut. Untersuchungen zur Geschichte einer Theodizee-Formel im. Jahrhundert in

Tal influencia, por ejemplo, puede verse materializada en el poema de Alexander Pope, poeta inglés del siglo XVIII, quien insiste en que el mundo está ordenado racionalmente, pues ha sido creado por un Dios bondadoso que oye principios racionales. Presenta, por tanto, al mal como parte de una estructura en el universo racional,⁴

All Nature is but Art, unknown to thee;
All chance, direction, which thou canst not see
All discord, harmony not understood,
All partial evil, universal good:
And, spite of pride, in erring reason's spite,
One truth is clear, whatever is, is right. (Pope, 1773)

A pesar de lo anotado anteriormente, en quien se reconoce la formulación del deísmo como salida argumentativa de talante filosófico sobre la tribunalización ilustrada contra Dios, es en Leibniz quien diseñó todo un constructo teórico en su defensa, que acepta la existencia y la naturaleza de Dios a partir de la razón, desechando herramientas demostrativas como la revelación directa o la fe y propone la idea de la existencia de un Dios, creador del universo que a su vez no interfiere sobre él.

La teodicea o sistema del mejor de los mundos posibles⁵, presentó por primera vez una argumentación racional a la acusación contra Dios por el mal en el mundo (de hecho, por eso se la conoce hoy también como teología racional),

Deutschland, England und Frankreich. Würzburg. El cual se encuentra traducido en parte por Hernan D. Caro, bajo el título: *"La teodicea de Leibniz y el optimismo: un aniversario y dos libros recientes"*, (Ideas y valores, Vol. 59, núm. 143, 2010, p. 217-221) y en cuyo contenido se presenta un panorama de los movimientos que impulsaron y los que criticaron fuertemente el sistema del mejor de los mundos posibles defendido en la teodicea tradicional.

⁴ Sobre las posturas de Pope frente al optimismo filosófico puede verse el mismo trabajo: Hernan D. Caro. (pp. 217-221)

⁵ El argumento del mejor de los mundos posibles se soporta, según, Ricoeur, P, op. cit., p. 14. en "(...) el principio de razón suficiente que se enuncia como principio de lo mejor, en el que se concibe la creación salida de una competencia del entendimiento divino entre una multiplicidad de modelos de mundo en el que uno solo contiene el máximo de perfecciones con el mínimo de defectos." (Ricoeur, 1994: pág. 14)

defensa ante las arremetidas teóricas modernas a que la enfrentaban los nuevos acontecimientos históricos. Al respecto Kant escribió: “Por teodicea se entiende la defensa de la sabiduría suprema del creador del mundo frente a la acusación que la razón eleva contra esa sabiduría a partir de lo que en el mundo es contrario a sus fines” (Kant, 2003: 65)

Este avance de investigación presenta una disertación acerca de la teodicea tradicional y a la teodicea basada en la tesis de la autonomía; además, analiza bajo esta estructura, el debate antropológico sobre la libertad de los seres humanos, entre la teología y el idealismo radical del siglo XVIII, puesto que la defensa racional de Dios, termina poniendo los ojos en el nuevo hombre libre a quien puede culpabilizarse y tribunalizarse.

Este trabajo también incluye: el debate histórico por la defensa por el mejor de los mundos posibles creado y gobernado por un Dios cristiano, racional y bondadoso; teoría propuesta por la teología, versus la de los idealistas radicales que defienden la nueva ilusión por un mundo mejor, orientado por un naciente sujeto histórico llamado hombre autónomo; también, se analiza cómo estas tensiones pueden girar en torno al concepto de dolor y de sufrimiento que los dos bandos promulgan a ultranza. Así por ejemplo, para los primeros el dolor: sufrimiento—pecado, es parte del equilibrio expiacionista que a su vez hace parte de la justicia divina; para los segundos el dolor: antinomismo-vulneración sistemática a los derechos humanos, debe erradicarse a través de la justicia que promete el naciente derecho moderno.

Esta disertación se realiza a través de la reconstrucción y contraposición a las posturas teóricas de autores como: Odo Marquard, Paul Ricoeur, Jaques Poulain y Leibniz sobre el tema en particular y se organiza en tres capítulos a saber: (i) De la teodicea tradicional a la teodicea basada en la tesis de la autonomía: la defensa de Dios por el mal en el mundo a partir de una nueva concepción de hombre; (ii) El

dolor en el mundo, la justicia y la utopía idealista; (iii) El proyecto de Derecho Moderno y sus relaciones con la Filosofía de la Historia.

1.2 METODOLOGÍA

El presente documento es el resultado parcial de las investigaciones profesoraes “Pasión y Libertad: El fundamento del concepto de libertad liberal”, financiado por el Comité para el desarrollo de la Investigación CONADI de la Universidad Cooperativa de Colombia, y “Relaciones entre la Iglesia y el Estado: Debates jurisprudenciales modernos del derecho colombiano entre el confesionalismo y la laicidad”, financiado por la Universidad Mariana de Pasto.

En ambos casos, el diseño metodológico correspondió al paradigma cualitativo, con un enfoque histórico hermenéutico, de tipo documental.

1.3 DESARROLLO DEL AVANCE

De la teodicea tradicional a la teodicea basada en la tesis de la autonomía: la defensa de Dios por el mal en el mundo a partir de una nueva concepción de hombre.

La teodicea leibniziana trata de disertaciones cuyo fin fue explicar la existencia del mal y a la vez justificar la bondad de Dios sobre la tierra. Para lo anterior de acudió a proposiciones que, de manera lógica, resolvían disyuntivas tales como la permisión y la creación divina del mal, en el entendido de que Dios no solo lo permitió, sino que, como creador de todas las cosas, lo creó. Asimismo mostró la reafirmación de éste, como el mejor de los mundos posibles, constituyéndolo en prueba para demostrar la existencia de Dios, entre otras. Dice Leibniz:

El mejor de los mundos posibles es este, he aquí la prueba de que Dios existe: Algún adversario, no pudiendo responder a este argumento, combatirá quizá la conclusión valiéndose de uno contrario, diciendo que el mundo ha podido existir sin pecado y sin padecimientos; pero niego que entonces hubiera sido el mejor. Porque es preciso tener entendido que todo está ligado en cada uno de los mundos posibles; que el Universo, cualquiera que sea, es todo de una pieza, como un Océano; el menor movimiento hace sentir su efecto a todas las distancias, aunque se haga menos sensible a proporción de la misma; de suerte que Dios lo ha ordenado todo de antemano de una vez para siempre, habiendo previsto los ruegos u oraciones, las buenas y las malas acciones, y todo lo demás; y cada cosa ha contribuido idealmente antes de su existencia a la resolución que ha tomado sobre la existencia de todas. (Leibniz, 2014: 65)

Como puede observarse, esta vez la defensa divina, no hace uso de herramientas argumentativas de tipo dogmático⁶, sino que trata de conjugar con fines demostrativos la razón con la fe. Él mismo autor dice en torno a la validación del discurso que emplea para entablar la defensa de Dios en la tierra:

Supongo que dos verdades no pueden contradecirse; que el objeto de la fe es la verdad que Dios ha revelado de una manera extraordinaria, y que la razón es el encadenamiento de las verdades, pero particularmente (cuando se la compara con la fe) de las que el espíritu humano puede alcanzar naturalmente, sin el auxilio de las luces de aquélla. (Leibniz, 2014: 29)

La razón que defiende Leibniz es una que igualmente encuentra sus límites en los designios divinos:

⁶ Cabe resaltar que durante toda la Edad Media el papel de la filosofía consistía en ser soporte argumentativo de la teología. Las afirmaciones de la teología eran apoyadas por el pensamiento filosófico, por ello, en un momento histórico como el que vive Leibniz, en donde el pensamiento, alejado ya del mundo medieval, comienza a romper de manera definitiva sus lazos con la teología y con el pensamiento religioso, no resulta raro que se acuda a esa vieja relación explorada ya por San Agustín y en una pequeña parte para Santo Tomás, quienes consideran a la razón como subsidiaria de la f; el dogma debe explicarse de manera argumentativa hasta donde sea posible. (Heinzmann, 1997: 52)

Si algunas doctrinas son superiores a la razón, están fuera de su alcance, y la razón no puede llegar a ellas, y si no puede llegar, no puede comprenderlas. (Podía comenzar aquí por el comprender, diciendo que la razón no puede comprender lo que está por encima de ella) (Marquard, 2007)

El mal y su consecuente dolor es difícil de refutarle a las tendencias ilustradas modernas que irrumpen la Europa del siglo XVIII⁷, éste, para la antinomia kantiana⁸ y para Marquard es el mismo *genius malignus* cartesiano, para el Derecho Moderno significa precisamente la vulneración sistemática de derechos, con base en argumentos que apelen a la bondad de Dios y al sistema del mejor de los mundos (Leibniz, 2014: 139); para los modernos evidentemente algo no anda bien porque el mal se materializa en la vulneración de los derechos de los hombres.

En un recuento sobre el nacimiento de la Filosofía de la Historia, Odo Marquard (2007: 35) considera que “lo que Descartes creyó todavía necesario fingir mediante la hipótesis del *genius malignus*, ahora se muestra abiertamente como un rasgo fundamental de la realidad: el mundo está repleto de ilusiones, es decir de contradicciones inevitables; es por tanto malo.”

Ésta era una acusación contundente contra su creador. Sobre la imposibilidad de sostener un balance positivo respecto del mal en el mundo sostiene Ricoeur:

Más exactamente, aquella pretensión de establecer una síntesis positiva del balance entre los bienes y los males coincide con una base quasi-estética atascada, en la que se es confrontado con los males, los dolores, en los

⁷ Halard Weinrich nos recuerda que Voltaire, por su parte, no solo puso en duda la bondad de Dios y su sentido de la justicia si no que le negó su existencia. Rechazando el optimismo de Pope y de Leibniz, a Voltaire, de hecho, le pareció absurdo ver en este acontecimiento un mal necesario al bien, un mal integrable en el mejor de los mundos posibles. Al respecto puede leerse: a Jacques Poulain, en “*La apuesta por la verdad, crítica de la razón pragmática*” (p. 14)

⁸ Para mayor comprensión de la visión sobre la antinomia kantiana y su relación con el optimismo libniziano, puede leerse el artículo de Hernan Dario Caro titulado “Immanuel Kant. Algunas observaciones sobre el optimismo”, publicado en la revista Ideas y Valores, volumen 54 del 2005.

cuales los excesos no parecen poder ser compensados con ninguna perfección conocida. Pero todavía más, es el lamento y el llanto del justo sufriente quien arruina la noción de una compensación del mal por el bien, como esta habría dejado arruinada la idea de una retribución (Ricoeur, 1994: 2010).

Era necesario, entonces, acudir a un esfuerzo definitivo para lograr su exoneración, una prueba que apoyara la inocencia de Dios, y

una absolución de Dios -es decir, una teodicea - por inculpabilidad comprobada⁹, solo se consigue de un modo evidente cuando se puede demostrar lo siguiente: no es Dios el responsable de este mundo malvado pues no lo dirige sino otro sujeto a saber: el hombre”¹⁰. (Marquard, 2007: 78)

Esta prueba será justamente un logro histórico para el idealismo radical: se abría paso a una teodicea basada en la tesis de la autonomía, pues si Dios no es culpable porque no dirige el mundo, lo es entonces el ser humano, pero no se trata de un ser humano – criatura de Dios-, sino de un ser humano autónomo¹¹ y de este modo, se inclinaba la balanza, al fin, a favor de los idealistas radicales, quienes provocaron la tensión con la teología que no iba a encontrar jamás un punto de conciliación respecto a las definiciones de hombre que cada una de las dos defendía a ultranza¹².

⁹ Si Dios es Dios, si es tan bueno como debería serlo, él debe poder liberarse de su función de creador. Aún más, para salvar su bondad, se le debe permitir y ordenar no ser Dios. Igualmente puede revisarse a este respecto: Poulain, J, op. cit., p. 154.

¹⁰ De hecho, si Dios es el actor y creador de este mundo, en última instancia solo significa que Dios es autor de crímenes atroces. Pero Dios es el buen Dios. Esta afirmación irrefutable desde una perspectiva teológica no puede salvarse ahora más que con una tesis radical: Dios, incluso a la vista de un mundo experimentado radicalmente como malo, es y sigue siendo el buen Dios, solo cuando no existe o, en todo caso, cuando no es el creador y el actor: tal es la teodicea radical. (Marquard, 2007: 78-79)

¹¹ En esta apartado de la Teodicea de Leibniz puede leerse cómo la libertad es necesaria para poder culpabilizar al hombre: Las dificultades a que esto puede dar lugar son de dos clases. Unas nacen de la libertad del hombre, que parece incompatible con la naturaleza divina, y que, sin embargo, se tiene por necesaria para que el hombre pueda ser juzgado como culpable y justiciarle. (Leibniz, 2014: 65)

Implicándose de semejante manera en la lógica de la teodicea, se transforma el terrible mal metafísico, convirtiendo este terremoto en el mejor bien cultural: el hombre está obligado a reconocerse como ser histórico, como ser que produce sus propias condiciones de existencia y que debe hacerlo de manera autónoma y justa.

¹² Haciendo de Dios el acusado absoluto de su teodicea y constituyendo al ser humano en acusador absoluto, la filosofía del siglo XVIII radicaliza la teodicea, ocupa el lugar de Dios convirtiendo al hombre en el creador de sí mismo, de su propia historia y del mundo. De esta manera el hombre accede al estatuto que no podía atribuirle la metafísica clásica: ese de *homo progressor*, y de *homo emancipator*, pero hereda, igualmente, el lugar del

Por un lado, la teología insistía en el modelo hombre—criatura, mientras que el idealismo radical sostenía la necesidad de establecer una nueva visión de ser humano basado en la tesis de la autonomía, lo anterior garantizó una de las formas de libertad que requería la modernidad. La teología, sin embargo, sabía muy bien que el reconocimiento de autonomía a los hombres afectaba la condición de infinitud de Dios y su voluntad,

En efecto, si se revisa con cuidado la tesis de la libertad formulada por Schelling y citada por Marquard (2007) para profundizar en el fenómeno de la teodicea, encuentra que el concepto de que parte fundamentalmente el idealismo radical, es del ser humano en términos del yo: “la esencia del yo es la libertad - dice Shelling - es decir, no cabe pensarla de otro modo, pues solo en esa medida parte la absoluta autonomía”. Así concluirá Marquard que:

El idealismo es la filosofía de la libertad radical del ser humano con la siguiente tesis consecuentemente radical: no es Dios sino el hombre mismo quien hace y dirige el mundo humano. Es esta la tesis de la autonomía.

(...)

Le hacía falta al idealismo radical, sin embargo, dar sentido a los límites de la autonomía humana, un sentido de finitud, y con ello también a fin de cuentas, un sentido del lugar que debía ocupar a partir de la tesis de la autonomía el poder absoluto de Dios. Entre las críticas a las filosofías del idealismo alemán representadas por Hegel, Schelling, Fitch se consideraba que: “Descubrían demasiada autonomía y demasiada poca finitud; tenían demasiado en la cabeza y demasiado poco en la realidad; practicaban demasiada construcción y demasiada poca hermenéutica” (Marquard, 2007: 60-64)

acusado absoluto que él había reservado generosamente a Dios. Sobre este mismo punto reflexiona Jacques Poulain en la obra ya citada (p. 150)

El dolor en el mundo, la justicia y la utopía idealista

En el marco de esta discusión irresoluta entre el idealismo radical y la teología: “¿había en realidad un motivo teleológicamente plausible y honorable – dice Marquard (2007: 64)- para radicalizar la autonomía, es decir, la libertad humana frente a Dios, y en tal medida que en caso extremo, el discurso sobre Dios se vea obligado a callar?”.

El motivo para él, estaba en la Teodicea: pues ella era “la necesidad de atribuir a la libertad humana todo aquello que hay de malo en el mundo para que no pese sobre Dios¹³”. Además, el idealismo radical propone una irresistible idea en torno a la sociedad, el mal y el papel del hombre en ello; apelará aún más a las bondades de aceptar la existencia del antinomismo y el dolor en el mundo, para dar un lugar posible donde este dolor, al fin, pueda ser erradicado. La utopía nace así como un reto que provocará un definitivo desinterés en el constructo filosófico de considerar este mundo como el mejor de los posibles, diseñado racionalmente por un bondadoso y omnisciente Dios cristiano.

Para la Europa del siglo XVIII la utopía se constituía en una nueva ilusión por un futuro mejor, pero su precio significaba el reconocimiento de que este mundo, en el que vivimos no era bueno y que por el contrario, se encontraba plagado de antinomias, de malestares y de dolor. El primer paso para soñar con la utopía era

¹³ De tal forma lo reconoce Leibniz en su teodicea cuando a letra reconoce la necesidad de un hombre libre para poder llevarlo a juicio: “Las dificultades a que esto puede dar lugar son de dos clases. Unas nacen de la libertad del hombre, que parece incompatible con la naturaleza divina, y que, sin embargo, se tiene por necesaria para que el hombre pueda ser juzgado como culpable y justiciarle”. (Leibniz, 2014: 65).

Leibniz acomodará este malestar sobre la libertad humana considerando que si bien el hombre debe reconocerse libre, no se trata de la libertad alcanzada por los hombres conforme lo presenta el idealismo radical sino de una libertad que ha sido regalo de Dios: “Habiendo sido la naturaleza humana uno de los seres que quiso producir, creó un hombre y una mujer, y les concedió, entre otros favores, el libre albedrío. No puede, pues, convenir a un Ser infinitamente bueno dar a las criaturas el libre albedrío, cuando sabe con toda certeza que harán de él un uso que los hará desgraciados. Por consiguiente, al libre albedrío une el arte de servirse de él oportunamente, y no permite que olviden la práctica de este arte en ningún caso; y si no tuviere un medio seguro para afianzar el buen uso de este libre albedrío, más bien debería privarles de esta facultad, que no consentir que sea causa de su desgracia” (Leibniz, 2014: 65)

aceptar la existencia del mal y renunciar igualmente al estado de optimismo metafísico que se soportaba bajo la tesis del mejor de los mundos posibles. Dice Marquard al respecto:

Es precisamente en ese momento cuando se radicaliza el problema: pues ahora el mundo, según la experiencia filosófica, aun cuando sea el mejor de los posibles, deja de ser unívocamente bueno: la experiencia del mal en el mundo, - del mal moral, de la penuria y del tedio, de la angustia, de la culpa, de la opresión, de la enfermedad, del dolor físico y de la muerte se radicaliza mediante el descubrimiento filosófico de los inevitables antagonismos y antinomias. (Marquard, 2007: 38)

La tensión que propone Marquard, puede encontrarse claramente plasmada en las argumentaciones que Leibniz hace en torno a lo que significa soñar con un mundo mejor que éste. Dice Leibniz en su Teodicea:

Es cierto que pueden imaginarse mundos posibles sin pecado ni miserias, haciendo con ellos novelas y utopías; pero esos mismos mundos serían muy inferiores en bien al nuestro (...) Por otra parte, sabemos que un mal causa un bien que no habría tenido lugar sin esto mal¹⁴. Hasta sucede con frecuencia que dos males constituyen un gran bien: lugar antes de aquéllos. (Leibniz, 2014: 69)

Y sobre las bondades del dolor dice:

En todos los tiempos se han empleado las comparaciones tomadas de los gustos de los sentidos, mezcladas con lo que aproxima al dolor, para hacer ver que hay algo semejante en los placeres intelectuales. Cosas que son un poco ácidas, agrias o amargas, agradan muchas veces más que el azúcar; las sombras hacen que resalten los colores, y una disonancia colocada en lugar oportuno, da realce a la armonía. Deseamos que nos den miedo los bailarines de cuerda que están a

¹⁴ La tipología del mal en Leibniz considera como una de sus formas al dolor y el padecimiento: El mal puede ser metafísico, físico y moral. El mal metafísico consiste en la simple imperfección, el mal físico en el padecimiento, y el mal moral en el pecado. Ahora bien, aunque el mal físico y el mal moral no sean necesarios, basta con que, por virtud de las verdades eternas, sean posibles. Y como esta región inmensa de las verdades contiene todas las posibilidades, es preciso que haya una infinidad de mundos posibles, que el mal entre en muchos de ellos, y que hasta en el mejor se encuentre también; y esto es lo que ha determinado a Dios a permitir el mal. (Leibniz, 2014: 65)

punto de caer, y queremos que las tragedias nos hagan casi llorar. ¿Nos complacemos lo bastante en gozar de que estuviéramos ordinariamente enfermos y raras veces sanos, sentiríamos maravillosamente este gran bien, y advertiríamos menos nuestros males?; y sin embargo, ¿no vale más que la salud sea lo ordinario y la enfermedad lo raro? Suplamos por nuestra reflexión lo que falta a nuestra percepción para hacer que el bien de la salud sea más sensible. (Leibniz, 2014: 69)

Además, el dolor en el constructo teológico del *mejor de los mundos posibles* se mezcla con el mal moral (sufrimiento y pecado), lo cual quiere decir que el dolor tiene en su fondo una razón expiacionista¹⁵, pues la culpa acarrea sufrimiento y el culpable no escapa jamás al tribunal de la justicia divina que impartirá dolores a quienes los merezcan, por causar en otros ese dolor. Dice Ricoeur al respecto:

Pero, puesto que el castigo es un sufrimiento considerado como merecido, ¿quién sabría si todo sufrimiento -de un modo u otro- no sería más que el castigo de una falta personal o colectiva, conocida o desconocida? Esta pregunta que surge hasta en nuestras sociedades secularizadas ante la experiencia del duelo, -de la que se hablará al fin-, recibe un refuerzo de la demonización paralela que hace del sufrimiento y del pecado la expresión de los mismos poderes maléficos. Tal es el fondo tenebroso, jamás completamente desmitificado, que hace del mal un único enigma. (Ricoeur, 1994: 28)

De acuerdo con lo demostrado en esta cita, puede verse como el concepto de dolor es una de las piedras angulares para la transformación del constructo filosófico de la época¹⁶. En efecto, por un lado, las maneras de percibir el dolor son argumentos claves y por otro se constituye en una de las tensiones que provoca la modernidad entrante en la Europa del siglo XVIII. El argumento para la teodicea

¹⁵ “Lo que constituye todo el enigma del mal consiste en colocar bajo un mismo término, por lo menos en la tradición del occidente judeocristiano, aquellos fenómenos tan dispares, como serían en una primera aproximación, el pecado, el sufrimiento y la muerte” (Ricoeur, 1994: 212). Para Ricoeur existe una enigmática profundidad común entre el mal cometido (pecado) y el mal sufrido (dolor o sufrimiento).

¹⁶ De hecho Paul Ricoeur (1994) considera que el problema del dolor y del mal es una disyuntiva que siempre provoca discontinuidades en el interior de las tendencias filosóficas él dice: “Los más grandes pensadores de la filosofía y la teología encuentran el mal como desafío sin igual. Lo importante no es esta afirmación, sino la manera en que este desafío, -entiéndase la falla-, es percibido como una invitación a pensar, ¿tal vez como una provocación a pensar más, entendiéndose éste como pensar de otra manera?” (29).

tradicional (que defiende la tesis del mejor de los mundos posibles), radica en las bondades del dolor: para ellos las contrariedades que provocan la existencia del dolor, son un elemento racionalmente predeterminado que hace de éste el mejor de los mundos, pues genera un contraste necesario para la felicidad¹⁷.

Los ilustrados modernos, por su parte, arremetiendo contra esta visión, piensan que el dolor debe ser erradicado de este mundo; que el hombre autónomo está en condiciones para hacerlo y que este mundo podría ser mejor, justamente el día en que eso ocurra. Por eso, para los modernos, aceptar al dolor como un cohabitante de este mundo, provocaba una seria contradicción a su proyecto de progreso: inducía a una suerte de estancamiento social que impedía arribar a la utopía ubicada al final del camino trazada por la Filosofía de la Historia.

Sostener que el dolor debía quedarse en el mundo se oponía radicalmente al nuevo proyecto de justicia que actuaba bajo la premisa de eliminar las manifestaciones del mal, la vulneración de derechos y las antinomias, porque la modernidad promete que en el progreso, al que se llega a través de la justicia no habrá dolor¹⁸. Entonces, la Filosofía de la Historia y el Derecho Moderno nacen bajo las mismas lógicas de la modernidad ilustrada y en el seno de estas tensiones filosóficas:

¹⁷ El mal encaja perfectamente en las lógicas de la justicia divina: “La pena sirve también para producir la enmienda y para ejemplo, y el mal sirve muchas veces para gozar más del bien, y en ocasiones contribuye a que alcance mayor perfección el que lo padece, al modo que el grano que se siembra experimenta una especie de corrupción para germinar: preciosa comparación de que el mismo Jesucristo se ha servido” (Leibniz, 2014: 77)

¹⁸ Hay que recordar el libro de Voltaire titulado *Cándido*, en donde se hace una parodia a la filosofía optimista que considera al mundo presente el mejor de los mundos posibles porque, según Pangloss (personaje central de la obra), está demostrado que las cosas no pueden ser sino como son, “pues habiéndose creado todo lo que vemos con un fin, claro que todo está hecho para el mejor fin – por ello – todo es perfecto” (Voltaire, 1985: 6). La burla del filósofo francés hacia el optimismo desmesurado por este mundo, deja entrever el surgimiento de un nuevo optimismo que será afirmado con la pedagogía ilustrada de los enciclopedistas, para quienes la adquisición de conocimiento hará, de manera irremediable, que el hombre sea cada vez mejor y deje su maldad. Los enciclopedistas creen que el hombre hace daño por lo general no porque sea malo por naturaleza sino porque desconoce lo que es malo, así pues, el conocimiento lo liberará del sufrimiento que le causan las maldades realizadas por sí mismo. (Cassirer, 1984: 25)

El argumento fundamental de la teodicea tradicional consiste en probar que esos derechos no son violados en serio: esto implica "optimismo". El optimismo se resquebraja en la revelación de antinomias. La teodicea solo puede tener éxito cuando ya no se considera a Dios como creador, sino - desde un punto de vista idealista - al ser humano: el único creador del que los hombres pueden exigir en serio que haga este mundo mejor de lo que ya lo ha hecho; y de tal modo que todos los hombres consigan sus derechos en él transformando las relaciones jurídicas (Marquard, 2007, pág. 38)

La teodicea que acepta la tesis de la autonomía, es decir, la nueva teodicea, que se basa en la defensa de Dios reconociendo la existencia del mal y la exclusiva responsabilidad de los hombres en ello, propone un nuevo optimismo que aspira al progreso y a la utopía, dice Marquard:

En efecto, las cosas han ocurrido del siguiente modo: cuando la teodicea ya no tiene el optimismo como apoyo, sino la triste experiencia del mundo, entonces la teodicea tradicional se transforma en filosofía de la historia. Esa misma transformación se repite radicalmente en el idealismo alemán: cuando el mundo es demasiado antinómico como para que Dios pueda ser llamado su creador, el hombre deviene actor y guía del mundo, es decir, sujeto de la historia y del progreso en las relaciones humanas del derecho. (Marquard, 2007: 38)

Esto quiere decir que uno de los escenarios donde se materializa el progreso es en el universo del Derecho Moderno, desde donde se hablará de nuevos conceptos sobre justicia humana, derechos de los hombres, malestar, dolor, pacto social y se establecerán de manera típica los antinomismos y contradicciones sociales. De modo que, entre menos dolor pueda sentir el hombre gracias al Derecho, el mundo que el mismo dirige estará más cerca del progreso y de la utopía; así, el Derecho Moderno es una de las formas argumentativas construidas por la Filosofía de la Historia para responder a la pregunta: ¿Qué se puede hacer con el mal del mundo? Al respecto Paul Ricoeur dice:

Bajo el imperio del mito, el pensamiento especulativo es impulsado hacia atrás, hacia el origen, preguntándose: ¿de dónde proviene el mal? La respuesta de la acción -no la solución-, es ésta: ¿qué se puede

hacer contra el mal? La mirada se pone ahora en el porvenir, como la idea de una tarea por cumplir, que se relaciona con aquella otra idea de un origen por descubrir. (Ricoeur, 1994: 26).

El proyecto de derecho moderno y sus relaciones con la filosofía de la historia.

Bajo estas nuevas lógicas, la sociedad antinómica recibe todas las prácticas relacionadas con el dolor que se gesta para la época y es el Derecho Moderno el que se embarca en la empresa de gestionar dichas prácticas en el seno de las nuevas ideas ilustradas, lo que constituye una garantía y promesa sobre la cual radicará su legitimidad. A esta gestión de acabar con las antinomias se le reconocerá como la búsqueda de la justicia. Por lo expuesto, el dolor en el origen del Derecho Moderno es tratado como un estado antinómico, una contradicción, una oposición a la utopía, de modo que éste debe inmiscuirse en su tratamiento, su prevención y su penalización. El hombre moderno reconoce que el dolor es un asunto que le concierne a la justicia, pero se trata de una justicia que oye razones particularmente del nuevo proyecto ilustrado reconocido como la Filosofía de la Historia.

Pero precisamente esto -la transformación de las relaciones jurídicas- se vuelve en el idealismo una definición concreta de la historia: “no todo lo que sucede - dice, por ejemplo, Shelling - constituye por ello un objeto de la historia” el único objeto de la historia es la progresiva realización de la constitución del derecho”: sin cambiar la definición de la filosofía como proceso y del hombre como un ser con derechos, la moderna Filosofía de la Historia como progreso del derecho provoca un giro desde la “teodicea por optimismo” tradicional hasta la “teodicea por autonomía” idealista. (Marquard, 2007: 69).

De este modo, el Derecho Moderno se vincula con las lógicas y con las doctrinas de la Filosofía de la Historia idealista, convirtiéndose incluso en un objeto de ella, que marcará para siempre el curso de sus prácticas venideras, sus marcos discursivos y sus idearios de sociedad, entre otros.

Asimismo, la Filosofía de la Historia y el Derecho Moderno se acomodan muy bien en torno a las críticas que el idealismo atestó contra la definición de hombre—criatura y se embarcan en los nuevos proyectos antropocéntricos¹⁹ que, para el caso del Derecho, terminarán otorgando una especial categoría ontológica de *homo – jurídico* al ser humano, lo que consecuentemente acarreará la visión de hombre con derechos. De acuerdo con este constructo, siempre que se propenda porque los derechos de los hombres sean garantizados, se acierta en el camino a la eliminación sistemática de los antinomismos y del mal cuya erradicación depende ahora del hombre exclusivamente. Si antes la teodicea tradicional consideró que el hombre estaba bien, ahora se reconoce que no lo está, que merece la realización de sus derechos y esa apuesta por la búsqueda incansable de la materialización de la justicia, lo anterior se constituye en una de las banderas de la Filosofía de la Historia. Lo dice de este modo Ricoeur:

Esto no quiere decir que el problema del mal desaparece de la escena filosófica, por el contrario, este interesa únicamente a la esfera práctica, como lo que no debe ser y como aquello que la acción debe combatir. El pensamiento se re-encuentra así con una situación comparable a aquella en que Agustín la había conducido: pues no se puede preguntar ¿de dónde viene el mal?, sino, ¿de dónde proviene el mal que hacemos? (Ricoeur, 1994: 16).

Así también la Filosofía de la Historia y el Derecho Moderno, herederos tanto de la teodicea tradicional como de la teodicea basada en la tesis de la autonomía, imprimen a su ejercicio un ritmo de proceso judicial, trasladan la discusión filosófica

¹⁹ Así como la Filosofía de la Historia es un producto propio de la época: es decir, un producto de la Ilustración, lo es en igual medida la felicidad como instancia moral de la historia y el hombre dueño de esas circunstancias. La Ilustración - como la define Kant en 1784 - es la salida del ser humano de la minoría de edad de la que él mismo es culpable; esa definición de Ilustración convierte, podríamos decir, a la Filosofía de la Historia en definición de la historia: la historia es, definida en términos de filosofía de la historia, emancipación: producción de la autonomía humana.

Junto a la realización de los teoremas concomitantes - perfectibilidad del ser humano como posibilidad de la historia; futuro como espacio de juego de la historia; progreso como la forma de movimiento de la historia; el reino de la libertad de este mundo como fin final de la historia; el derecho natural a la dignidad y a la felicidad del ser humano como instancia moral de la historia - sobre todo acontece también este hecho: que el ser humano en un sentido enfático, es él mismo dueño de sus circunstancias históricas. (Marquard, 2007: 62)

a la lógica de los juicios y los enjuiciamientos, entonces, en la teología el hombre juzgado es por Dios; en la teodicea, se invierten los papeles: Dios es juzgado por el hombre; sucederá luego en la crítica, en palabras de Marquard (2007: 24), “que los hombres se juzguen a sí mismos²⁰”.

La naciente Filosofía de la Historia se presenta igualmente como un proceso judicial, la radicalidad y esta tendencia procesal, la empadranará también con el Derecho Moderno que también es hijo de la tesis de la autonomía, de la teodicea idealista²¹ y del paso que vivió la sociedad europea cuando amaneció al antropocentrismo después de vivir en el teocentrismo por más de diez siglos.

Y ese asunto como ha resaltado KisSelected, fue y ha seguido siendo un procedimiento judicial, un proceso, la historia universal ha seguido siendo el juicio final: al principio - en la teología - Dios juzgaba a los hombres, después - en la teología - en la teodicea - los hombres han juzgado a Dios, a continuación - en la crítica - los hombres se han juzgado a sí mismos; y finalmente, cuando esa clase de sospecha y acusación permanentes contra sí mismos se volvió demasiado penosa, los hombres - al tiempo que obligan a la crítica a transformarse en Filosofía de la Historia absoluta - decidieron transformarse en aquello que los hombres no pueden ser realmente: inimputables absolutos, un absoluto que no juzgamos porque él ya se juzga a sí mismo (Marquard, 2007: 24-25).

Bajo las lógicas del enjuiciamiento y de la radicalización del opositor, se gesta igualmente el discurso del Derecho Moderno, en el entendido que el mal se estableció con similar naturaleza: el antinomismo y la vulneración sistemática de los

²⁰ La tribunalización es una práctica procesal muy común y presente ya en la Europa del Siglo XII. Al respecto menciona Daniela Accatino Scagliotti que: “Los mecanismos altomedievales de prueba a través de duelos, juramentos y ordalías fueron sustituidos progresivamente por un sistema de pruebas dirigido a conseguir una reconstitución verosímil de los hechos en el proceso. Sin embargo, la institución de la juridización es adjudicada por historiadores del derecho a la modernidad. Considera la misma autora que el significado jurídico y político de la exigencia de motivación de las decisiones judiciales ha sido forjado justamente por la modernidad”. (Accatino, 2003: 10)

²¹ Marquard (2007: 69) considera como circunstancia decisiva: el hecho de que la Filosofía de la Historia moderna nazca, entre otras causas por la transformación de la teodicea tradicional en teodicea idealista.

derechos humanos. Las contradicciones y los antinomismos sociales kantianos, pueden claramente materializarse, o si se quiere, reflejarse en la violación a los derechos de los hombres. En el gran juicio que emprendió la Filosofía de la Historia, el condenado siempre estuvo del lado de las antinomias que significan mal y dolor, de este modo, el dolor representó de alguna manera, la razón para tribunalizar el universo de los hombres y para suplir el vacío de la justicia divina.

Un indicio de su orientación “jurídica” - si puede decirse así - es su marcada preferencia por las metáforas del derecho: se trata de un “litigio” ante el tribunal de la razón, su objetivo es la “deducción” trascendental, como un proceso. Para Kant, Fichte y Schelling la filosofía es un procedimiento judicial; los hechos fundamentales del mundo son “deducidos” es decir, sometidos a una prueba judicial: son condenados cuando conducen a antinomias, son absueltos cuando conducen a la disolución de antinomias; es decir: son condenados cuando el mundo es malo, son absueltos cuando pueden mejorar el mundo; o: son condenados cuando están “en contra” del yo, son absueltos cuando están “a su favor”; en definitiva: son condenados cuando violan los derechos humanos, son absueltos cuando los realizan (Marquard, 2007: 67-68).

La modernidad amaneció a una sociedad liberal igualmente despótica y violenta. La tardía utopía se constituyó en un rancio ideario que nunca terminó de alcanzarse. La toma del curso de los acontecimientos por un nuevo hombre, consciente de su responsabilidad histórica debido al mal del mundo, fue un constructo que encontró nuevos enemigos quienes radicalizaron el problema y respondieron a la lógica de los enjuiciamientos de las razones por las cuales no se logró la sociedad prometida. “Con la filosofía del idealismo alemán, dirá Marquard (2009: 67), se llega al punto en que el “progreso infinito” se vuelve opresivo en tanto demora infinita su meta.”

Al respecto, las corrientes filosóficas posteriores, tomaron partido en dos sentidos opuestos: por un lado se reafirmó que el fin trazado en la Filosofía de la Historia fue alcanzado y por otro que ese fin nunca llegó. A la primera tesis se suscriben representantes del movimiento decimonónico alemán del idealismo

filosófico como Hegel²² quien consideró la Revolución Francesa como el fin sangriento del gran sueño por la libertad absoluta²³, posterior a esto la Europa postrevolucionaria amaneció a nuevos principios: un Estado racional que reconoció la existencia del individuo y de la sociedad civil dentro de una unidad orgánica en armonía, que implicó la reconciliación de las partes con el todo y de los individuos con la comunidad²⁴. En sentido opuesto, la segunda tesis anotó que ese “buen fin

²² ESTA MISMA CITA APARECE MÁS ABAJO CON EL NÚMERO 24 POR FAVOR REVISAR La visión dialéctica de la historia es en Hegel una visión trágica que acepta el dolor, el sufrimiento como necesario para el progreso y el avance de la utopía o del mundo nuevo, tal como lo expresara en la introducción de la fenomenología del espíritu en el capítulo titulado “Lo verdadero como principio y su despliegue”: “No es difícil darse cuenta, por lo demás, de que vivimos en tiempos de gestación y de transición hacia una nueva época. El espíritu ha roto con el mundo anterior de su ser allí y de su representación y se dispone a hundir eso en el pasado, entregándose a la tarea de su propia transformación. El espíritu, ciertamente, no permanece nunca quieto, sino que se halla siempre en movimiento incesantemente progresivo. Pero, sí como en el niño, tras un largo periodo de silenciosa nutrición, el primer aliento rompe bruscamente la gradualidad del proceso puramente acumulativo en un salto cualitativo y el niño nace, así también el espíritu que se forma va madurando lenta y silenciosamente hacia la nueva figura, va desprendiéndose de una partícula tras otra de la estructura de su mundo anterior y los estremecimientos de este mundo se anuncian solamente por medio de síntomas aislados; frivolidad y el tedio que se apoderan de lo existente y el vago presentimiento de lo desconocido son los signos premonitorios de que algo otro se avecina. Estos paulatinos desprendimientos, que no alteran la fisonomía del todo, se ven bruscamente interrumpidos por la aurora que de pronto iluminara como un rayo la imagen del mundo nuevo.” (Hegel, 1973: 12)

En la fenomenología del espíritu, germen de la futura filosofía hegeliana, se muestra cómo el proceso de la historia acontece dialécticamente y las transformaciones, que no alteran el todo, son pequeños dolores, cambios y sufrimientos necesarios para que la aurora del nuevo día aparezca. Sin embargo, la historia podría seguir así, de manera inconclusa, pues la dialéctica hegeliana concebida como motor del movimiento y aplicada a la historia así la comprende.

Ricoeur explica la posición hegeliana frente a la teodicea de la siguiente manera: El ejemplo de Hegel es particularmente importante desde el punto de vista de los niveles del discurso que es aquí el nuestro, por el rol que en él juega el modo de pensar dialéctico. En la dialéctica es la negatividad la que asegura el dinamismo. La negatividad, es en todos los niveles, aquello que contradice, niega, cada figura del Espíritu y la hace regresar en su contrario para engendrar una nueva figura del todo que a la vez suprime y conserva la precedente, según el sentido doble de la *Aufhebung* [superación] hegeliana.

La dialéctica hace de esta manera, coincidir en todas las cosas lo trágico de la lógica: es necesario que cualquier cosa muera para que cualquier cosa mayor nazca. En este sentido, el mal es, sobretodo, y antes que todo, superado; en la medida en que la reconciliación lo conduce siempre hacia el desgarramiento. Así Hegel puede retomar el problema de la teodicea en el punto en que Leibniz lo había dejado, fuera de los simples recursos del principio de la razón suficiente. (Ricoeur, 1994: 18).

²³ Basta recordar como Herber Marcuse en razón y revolución menciona que la apreciación de Hegel respecto del avance de Napoleón con sus ejércitos es el avance del espíritu del mundo encarnado en un hombre, esto porque para Hegel la historia, que se desplegaba a partir de un movimiento de ideas en sentido dialectico, deberá culminar en la consolidación del Estado liberal que se gestaba con la revolución francesa y el avance de Napoleón. (Marcuse, 1974)

²⁴ La visión dialéctica de la historia es en Hegel una visión trágica que acepta el dolor, el sufrimiento como necesario para el progreso y el avance de la utopía o del mundo nuevo, tal como lo expresara en la introducción de la fenomenología del espíritu en el capítulo titulado “Lo verdadero como principio y su despliegue”: “No es difícil darse cuenta, por lo demás, de que vivimos en tiempos de gestación y de transición hacia una nueva época. El espíritu ha roto con el mundo anterior de su ser allí y de su representación y se dispone a hundir eso en el pasado, entregándose a la tarea de su propia transformación. El espíritu, ciertamente, no permanece nunca quieto, sino que se halla siempre en movimiento incesantemente progresivo. Pero, sí como en el niño, tras un largo periodo de silenciosa nutrición, el primer aliento rompe bruscamente la gradualidad del proceso puramente acumulativo en un salto cualitativo y el niño nace, así también el espíritu que se forma va madurando

nunca ha sido alcanzado ni siquiera por principio: aún es necesario obtenerlo a la postre - por la revolución - de un modo definitivo; eso es lo que piensa Marx²⁵.” (Marquard, 2007: 88)

En todo caso, hoy aún puede seguirse sosteniendo que si no hay justicia el “buen fin” no se ha realizado y permanece la experiencia del mal en el mundo. De este modo, la justicia se constituye en la forma, en el camino para purgar el mal del mundo: tarea que, en todo caso, le corresponde al hombre desde el momento en que decidió alcanzar su autonomía y constituirse en actor histórico por un lado y en sujeto y promotor de derechos por otro.

Tanto el discurso del Derecho Moderno como el de la Filosofía de la Historia, evadieron el debate que surgió sobre los alcances que tuvo la justicia de los hombres, una vez expurgada de las esferas públicas a la justicia divina. Asimismo, guardaron silencio sobre los plazos fijados para llegar al lugar prometido en donde

lenta y silenciosamente hacia la nueva figura, va desprendiéndose de una partícula tras otra de la estructura de su mundo anterior y los estremecimientos de este mundo se anuncian solamente por medio de síntomas aislados; frivolidad y el tedio que se apoderan de lo existente y el vago presentimiento de lo desconocido son los signos premonitorios de que algo otro se avecina. Estos paulatinos desprendimientos, que no alteran la fisonomía del todo, se ven bruscamente interrumpidos por la aurora que de pronto iluminara como un rayo la imagen del mundo nuevo.” (Hegel, 1973: 12)

En la fenomenología del espíritu, germen de la futura filosofía hegeliana, se muestra como el proceso de la historia acontece dialécticamente y las transformaciones, que no alteran el todo, son pequeños dolores, cambios y sufrimientos necesarios para que la aurora del nuevo día aparezca. Sin embargo, la historia podría seguir así, de manera inconclusa, pues la dialéctica hegeliana concebida como motor del movimiento y aplicada a la historia así la comprende, pero en la enciclopedia de las ciencias filosóficas de Hegel, en el capítulo sobre el Estado, la historia ya no se mueve dialécticamente sin fin, la culminación de ella se da en el mundo derecho, en la sociedad civil donde los conflictos se resuelven bajo la sombra de las leyes.

“La sustancia, que en cuanto espíritu, se particulariza abstractamente en muchas personas (la familia es una sola persona), en familias o individuos los cuales son por sí en libertad independiente y como seres particulares, pierde su carácter ético, puesto que esta persona, en cuanto tales, no tienen en su conciencia y para su fin la unidad absoluta, sino su propia particularidad y su ser por sí, de donde nace el sistema de la atomística. La sustancia se hace de este modo nada más que una conexión universal y mediadora de extremos independientes y de sus intereses particulares; la totalidad desarrollada en sí de esta conexión es el Estado como sociedad civil o como Estado externo.” (Hegel, 1973, pág. 165)

²⁵ Marx afirma que la historia continúa moviéndose por impulso dialéctico y la utopía comunista solo se logra agudizando las contradicciones de clase, porque hasta el momento “la historia de la humanidad ha sido la historia de la lucha de clases” (Marx & Engels, 1973: 19). Marx atribuye al control por el poder la razón de la lucha permanente de estas clases, que significa a su vez, el control absoluto del Estado y de los medios de producción y de distribución. Para Marx, el fin de todo ese movimiento prehistórico de la humanidad culminará cuando en la sociedad no existan clases sociales, cuando en una sociedad de hombres productores pueda inscribirse el lema “de cada cual, según su capacidad, a cada quien según su necesidad” (Marx, 1973: 57). Marx cree que sólo en ese momento podrá haberse llegado a la utopía.

cesen los antinomismos, el dolor y el mal; por eso, el ejercicio de impartir justicia como un proyecto inacabado para alcanzar el progreso, se convirtió en una tarea cíclica la cual regresó a las mismas disyuntivas sobre el norte moral de sus prácticas, sus decisiones y sus permanentes desaciertos. Al respecto Poulain (2003:153) opina que “la conciencia histórica huye de la constatación de esta injusticia generalizada que la historia la obliga a escuchar, tratando de escapar de esta desgracia social y moral inevitable”

Este desencanto sobre el proyecto colectivo de la felicidad trazado por la Filosofía de la Historia y ejecutado por el Derecho Moderno, desencadenó en una suerte de escepticismo que negó rotundamente las ilusiones que prometían un futuro mejor:

El escepticismo, antaño la negación de las ilusiones vigentes, hoy día ya no se opone a nada más que al interés por un futuro mejor, pero esto es falso: pues no se opone a ese interés sino a las ilusiones de ese interés. Una cantidad parcial de esas ilusiones constituye la Filosofía de la Historia (Marquard, 2007: 38).

Finalmente, la radicalidad que se originó en el fenómeno al que Marquard llama “supertribunalización” terminó casi ontologizando el problema del sufrimiento, el dolor, el mal del mundo y la vulneración de los derechos humanos a causa del hombre “malo”, muy a pesar del resto de hombres “buenos”. En este contexto apareció la radicalización del enemigo:

Ante el mal que se perpetúa a la búsqueda de otro, la filosofía de la historia, en la medida en la que ya no habla mal de Dios y no quiere hablar más de la naturaleza, pero con la obligación de hablar de los hombres descubre como figura decisiva a los otros: hombres que impiden el bien, es decir, los adversarios, los enemigos (Marquard, 2007: 88)

De aquí en adelante la crítica social es una permanente prédica de parte de la Filosofía de la Historia que agudizó el malestar sobre los problemas del mundo y

que acusó de manera constante los antinomismos adjudicándolos a un sector de hombres - eternos culpables. Considera Marquard que la crítica es también una forma de escapar a dicho tribunal.

La Filosofía de la Historia acentúa, igualmente, el papel de acusador absoluto predicando el ejercicio de la crítica social como ley del progreso político. Solo podemos escapar al tribunal convirtiéndonos en tribunal, descubriendo esta nueva manera infalible de acusar a los demás. De esta manera la filosofía de la historia divide al hombre: de un lado está el acusador absoluto y sin piedad; del otro sus enemigos absolutos (Marquard, 2007: 153).

A partir de este entendido, nuevamente el Derecho Moderno estuvo presto a activar sus aparatos de producción discursiva y sus engranajes institucionales para implementar un sistema de eterna tribunalización, de modo que la búsqueda permanente de los hombres culpables incida en el proceso lento que nos acerca a la utopía y al anhelado progreso moral. De este modo, el enjuiciamiento terminó igualmente reduciendo al ser humano a un comisario o a un culpable absoluto, lo que condujo a su progresiva eliminación; es decir, a una forma de desnaturalización como ser humano:

Así como la teodicea - si mi visión es correcta - se consume con la eliminación de Dios, igualmente la filosofía de la historia, devenida absoluta en nombre del ser humano, se consume con la eliminación del ser humano: este es sustituido por una parte, por aquellos que se consideran comisarios absolutos - por los protagonistas - La Filosofía de la Historia radicaliza el conflicto y sustituye a los seres humanos por el antagonismo entre quienes tienen absoluta razón y quienes están absolutamente errados. (Marquard, 2007: 25)

Es así, como el hombre debe argumentar que existe y por qué existe de esta manera, lo cual no sólo lo constituye en un sujeto de derechos (*homo jurídico*), sino también en un sujeto que debe estar permanentemente excusándose ante un tribunal perpetuo (*homo argumentativo*).

En tanto que causa sui generalizada, cada uno tiene la carga de la prueba para justificar su existencia y sobre todo para justificar ser de esta manera. La tarea de la vida humana es, entonces, la de excusarse frente al tribunal perpetuo, en donde el hombre obra a la vez como acusador y juez habiendo podido no existir o ser de esta manera en lugar de otra. (Marquard, 2007: 153).

Marquard denomina “supertribunalización” a esta obligación que tiene cada uno de legitimarse radicalizando la teodicea y transformándola en filosofía de la historia.

El traslado de la culpa y la responsabilidad de resarcir el dolor recayó sobre el hombre y sus instituciones. En el sistema del mejor de los mundos posibles no se consideró las responsabilidades por la existencia del mal o del dolor, considerando que éste cohabitó sin prejuicio, con los hombres bajo las racionales lógicas de la voluntad divina. Entonces, es el homo jurídico y el homo argumentativo quienes asumieron tal responsabilidad, por razones de justicia y como una forma de purgar el antinomismo y de suplir el vacío de la justicia divina. Después de la teodicea basada en la tesis de la autonomía el hombre se convirtió en un ser con derechos sobre quien recae la justicia como materialización de la Filosofía de la Historia.

No podemos creer que al acentuar la lucha práctica contra el mal, se pierda de vista una vez más el sufrimiento. Por el contrario. Todo el mal cometido por alguien, lo hemos visto, es a su vez, mal padecido por el otro. Hacer el mal, es hacer sufrir a otros. La violencia no cesa de rehacer la unidad entre mal moral y sufrimiento. Pero además, toda acción, ética o política que disminuya la cantidad de violencia ejercida por los hombres, unos contra otros, disminuye la tasa de sufrimiento en el mundo. Substrae el sufrimiento infligido del hombre por el hombre, se verá qué queda de sufrimiento en el mundo. A decir verdad, no sabemos cómo la violencia impregna el sufrimiento. (Ricoeur, 1994: 26-27).

1.4 CONCLUSIONES

- La teodicea no solo fue una defensa particular, encabezada por Leibniz de las bondades racionales de Dios como creador del mejor de los mundos posibles, donde el mal cohabitaba con los hombres como parte de la armonía prevista por su sabiduría suprema, además, se constituyó como un movimiento intelectual popularizado durante el siglo XVIII para responder a la embestida ilustrada y a las acusaciones que el idealismo radical hizo en torno a disyuntivas como el dolor, el mal y el sufrimiento en la tierra.
- Ante las acusaciones contra Dios por el mal y el dolor en el mundo, concebido como el mejor de los mundos posibles, la teodicea tradicional basó su defensa argumentando que al interior de ese mundo, está permitida la existencia del mal para generar contrastes necesarios con el placer, la felicidad y el bienestar y para purgar las penas y los dolores causados a otros, de acuerdo con las lógicas del equilibrio que proporciona la justicia divina. Para la teodicea basada en la tesis de la autonomía, la defensa de Dios equivale a aceptar que este mundo sí tiene antinomismos, desequilibrios, malestares y dolores, pero causados por el hombre libre.
- La utopía se constituyó para la Europa del siglo XVIII en la nueva ilusión por un futuro mejor, y su precio significó el reconocimiento de que este mundo, no era bueno, que por el contrario, se encontraba plagado de antinomias, de malestares y de dolor. El primer paso para soñar con la utopía fue aceptar la existencia del mal y renunciar igualmente al estado de optimismo metafísico que se basaba en la tesis del mejor de los mundos posibles
- El esfuerzo definitivo para lograr la exoneración racional de Dios frente a las acusaciones ilustradas, “una teodicea por inculpabilidad comprobada, solo se consiguió de un modo evidente cuando se pudo demostrar que no es Dios el responsable de este mundo malvado sino el hombre”. (Marquard, 2007: 78).

- Bajo estas lógicas nació el Derecho Moderno que emprendió la empresa de gestionar las prácticas relacionadas con el dolor de la sociedad antinómica, dichas prácticas fueron aceptadas para lograr la justicia y alcanzar la utopía y el progreso prometido por la Filosofía de la Historia.
- Después de la teodicea basada en la tesis de la autonomía, el hombre es un ser con derechos sobre quien recae la justicia, pero también es un sujeto que debe estar permanentemente excusándose ante el tribunal perpetuo de la Filosofía de la Historia.

1.5 BIBLIOGRAFÍA

Accatino, D. (2003). *La Fundamentación de las sentencias : ¿un rasgo distintivo de las judicatura moderna?* Revista de Derecho , 15, 9-35.

Cassirer, E. (1984). *La filosofía de la ilustración*. México, México: Fondo de Cultura Económica.

Hegel, G. (1973). *Fenomenología del espíritu*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

Heinzmann, R. (1997). *Filosofía de la edad media*. Barcelona, España: Herder.

Kant, I. (2003). *El conflicto de las facultades*. (R. R. Aramayo, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.

Leibniz, G. (2014). *Teodicea: Ensayos sobre la bondad de Dios, la libertad del hombre y el origen del mal*. (P. d. Azcárate, Trad.) Madrid, Colombia: Biblioteca Nueva.

Marcuse, H. (1974). *Razón y revolución*. Madrid, España: Altava.

Marquard, O. (2007). *Dificultades con la Filosofía de la Historia*. (E. Ocaña, Trad.) Valencia, España: Pretextos.

Marx, K. (1973). *Programa de Gotha*. Moscú, Rusia: Progreso.

Marx, K., & Engels, F. (1973). *Manifiesto del Partido Comunista*. Buenos Aires, Argentina: Pueblos Unidos.

Pope, A. (1773). *An Essay on Man: Epistle I*. Recuperado el 21 de marzo de 2015, de poetryfoundation: <http://www.poetryfoundation.org/poem/174165>

Poulain, J. (2003). *La apuesta por la verdad, crítica de la razón pragmática*. (W. Gonzáles, Trad.) Cali, Colombia: Fundación Filosófica y Ciudad.

Ricoeur, P. (1994). *El mal: Desafía a la filosofía y a la teología*. (G. Zapata, Trad.) Paris, Francia: Ed. Seuil.

Voltaire. (1985). *Cándido*. (E. Diego, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Cátedra.

2. DECOLONIALIDAD DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA: ALCANCES EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Daniela Narváez Benavides²⁶

Mauricio Chamorro Rosero²⁷

RESUMEN

El proceso de descolonización de América Latina, representado por las guerras de independencia del siglo XIX se limitó a la independencia burocrático-administrativa de las periferias. Por su parte, los marcos legales y constitucionales de las nacientes repúblicas reproducían la estructura de dominación impuesta por la Colonia. Este artículo presenta un estudio sobre los alcances del constitucionalismo colombiano en tiempo de transformaciones y reconocimientos sociales y culturales. La temática se abordó a partir de la teoría decolonial y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, lo que permitió comprender la realidad de América Latina y especialmente la de Colombia.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo, Derecho, Teoría decolonial, Colombia.

²⁶ Abogada, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigadora de la Institución Universitaria CESMAG. daninabe@hotmail.com

²⁷ Abogado y Sociólogo, Especialista en Estudios Latinoamericanos, Magister en Antropología, Doctorando en Sociología y Antropología por la Universidad Complutense de Madrid. Docente investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia, miembro del grupo de investigación La Minga. mauricio.254@hotmail.com

ABSTRACT

DECOLONIALITY OF LAW IN LATIN AMERICA: ACHIEVEMENTS IN COLOMBIAN CONSTITUTIONALISM

The process of decolonization of Latin America, represented by the independence wars of the nineteenth century, should be understood as an unfinished process, limited only to the bureaucratic and administrative independence of the peripheries. Meanwhile, the legal and constitutional frameworks of the nascent republics reproduced the structure of domination imposed by the colony. Thus, the article presents a study on the implications of the Colombian constitutionalism time of social and cultural transformations and recognitions. The theme is approached from the decolonial and constitutional theories which take the reality of Latin America, and especially that of Colombia.

KEY WORDS

Constitutionalism, Law, De-colonial theory, Colombia

2.1 INTRODUCCIÓN

La teoría decolonial sostiene que la construcción de la dicotomía centro-periferia y la jerarquización étnico-racial de las poblaciones en América Latina, establecidas durante varios siglos de expansión colonial europea, no fueron transformadas significativamente a partir de los procesos de independencia y la posterior organización de los Estados-nación (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007). Esto se debe a que la decolonialidad reconoce que los procesos coloniales europeos,

desplegados en América Latina a partir del siglo XV, no pueden reducirse a las imposiciones administrativas que los centros ejercían sobre las periferias, como lo asumían los movimientos independentistas; sino que la colonialidad europea es una estructura de dominación que dictamina el ser y el deber ser de las relaciones raciales, étnicas, sexuales, epistémicas, económicas, ecológicas y de género de los pueblos de la periferia que construye paralelamente la modernidad para los centros.

Lo anterior indica que el proceso de descolonización de América Latina, representado por las guerras de independencia del siglo XIX, debe entenderse como un proceso inconcluso porque se limitó a la independencia burocrática de las periferias. Por su parte, los marcos legales y constitucionales de las nacientes repúblicas reproducían la estructura de dominación impuesta por la colonialidad. El antropocentrismo y la concepción del Estado Unitario, entre otros, se erigieron como las categorías jurídicas que debían defenderse. Como asegura Leticia Reina y Cuauhtémoc Velasco (1997), la proyección de las formas coloniales significó, sobre todo, la conservación de una cultura de la dominación que se extendió hasta nuestros días.

A pesar de lo anotado, aunque muchos marcos legales y constitucionales de América Latina aún se encuentran marcados por la colonialidad, la primera década del presente siglo fue testigo de procesos constituyentes que culminaron con la promulgación de constituciones que pretenden reestructurar las relaciones impuestas por la expansión colonial europea, como es el caso de las Constituciones de Ecuador y Bolivia. En este sentido, el Constitucionalismo colombiano debe asumir el reto de incorporar categorías jurídico-políticas, como la interculturalidad y los derechos de la naturaleza, que respondan al contexto real y que lleguen a constituirse en nuevos paradigmas constitucionales que justifiquen la necesidad de superar un constitucionalismo tradicional mediante una constitución horizontal.

Como todo orden jurídico, el sistema constitucional colombiano converge entre las disputas de la realidad social y los procesos de regulación apoyados en la

incorporación del deber ser, que a su vez inciden de manera directa en los criterios fácticos de la democracia. Actualmente, al igual que en otros países de América Latina, Colombia ha tenido grandes transformaciones jurídicas y especialmente constitucionales, en las que se trastocan, de manera profunda, las realidades sociales que la Constitución Política de 1991 y sus antecesoras no presagiaron.

En este orden de ideas, la presente investigación surgió a partir de los cuestionamientos sobre los alcances del constitucionalismo colombiano en tiempo de transformaciones y reconocimientos sociales y culturales. En este sentido, se observa la transformación de una constitución que sobrepasa los requisitos elementales que se establecen en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁸, que pretende superar las estructuras coloniales generadas a lo largo de la historia colombiana con gran incidencia en el ordenamiento jurídico.

Entonces, fue necesario y pertinente considerar las teorías decoloniales y constitucionales que versan sobre la realidad de América Latina, y especialmente la de Colombia, partir de las narraciones constitucionales sobre el progreso y el bienestar, que generalmente caminan de la mano de ciertas geoculturas históricas dominantes o hegemónicas en el sistema mundial (Wallerstein, 2004). De esta manera, se intentó comprender un nuevo panorama constitucional visto desde los países latinoamericanos que a partir el siglo XXI, abrieron un ciclo electoral del que brotaron cambios significativos en la escena política que transformaron social y económicamente a nuestras regiones.

En consecuencia, se estima la identificación de un constitucionalismo decolonial latinoamericano que según Luiz Fernando Coelho, requiere demostrar que el modelo piramidal y vertical del ordenamiento jurídico no es más que una

²⁸ Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

abstracción mitológica fomentada para justificar un orden jurídico fundamentalmente injusto en una sociedad desigual (Coelho, 2006). Frente a esto se propone considerar a la Constitución y al derecho desde la óptica social, de esta manera, no solamente se busca la mera declaración y privilegios de los derechos albergados en la Carta Magna, sino que, se estructuren los derechos que puedan integrarse en un proyecto político más audaz y de transformación social (Coelho, 2006).

2.2 METODOLOGÍA

Atendiendo al criterio de flexibilidad metodológica, pero conservando el de rigurosidad científica, la investigación se enmarcó dentro de los lineamientos de la investigación cualitativa, pues brinda los espacios idóneos, “donde se estudie la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales o instrumentos en una determinada situación o problema. La misma procura por lograr una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente, con sumo detalle, un asunto o actividad en particular” (Vera, 2008), de este modo se logró demostrar la correspondencia entre el interés general y principal de la investigación que es, en este caso particular, determinar los alcances del constitucionalismo colombiano desde la perspectiva decolonial.

El enfoque de investigación que se utilizó fue se basó en los postulados del enfoque Histórico – Hermenéutico, ya que posibilita:

La comprensión de la realidad social bajo la metáfora de un texto, el cual es susceptible de ser interpretado mediante el empleo de caminos metodológicos con particularidades muy propias que la hacen distinta a otras alternativas de investigación, la hermenéutica plantea que el propósito de la misma es incrementar el entendimiento para observar una perspectiva doble de presente y pasado (Sandoval, 2002).

Adicionalmente, el enfoque histórico-hermenéutico permitió comprender los procesos jurídicos y sociales, sus valores, motivaciones y formas de interacción social, a partir de una lectura interpretativa, reflexiva y crítica que condujo a una reinterpretación del sentido teórico-conceptual del caso objeto de estudio.

Con relación al método de investigación, teniendo en cuenta los objetivos y los lineamientos metodológicos, se empleó el método Hermenéutico interpretativo, debido a que éste “se encarga de interpretar, clarificar y entender el fondo histórico, social y cultural de un fenómeno o comportamiento” (Agreda, 2004), así se buscó integrar de manera sistemática elementos fundamentales para el análisis y comprensión de la realidad concreta.

El presente trabajo se sirvió de fuentes documentales directas e indirectas (Agreda, 2004). La labor investigativa se dividió en tres fases a saber:

I. Fase heurística: comprendió la fase exploratoria y de trabajo de campo. Se realizó la recolección y el descubrimiento de las fuentes de conocimiento de los hechos y fenómenos objeto de estudio. Además, se ocupó de seleccionar el material histórico y teórico y de aquello que serviría para emprender la reconstrucción; es decir, no solo se catalogó las nuevas fuentes históricas y teóricas sino que se planteó como hacer buen uso de ellas.

- Primer momento: se seleccionaron las definiciones teóricas y conceptuales.
- Segundo momento: se realizó la investigación de campo, el proceso de selección de información coherente con el enfoque y los objetivos de la investigación, la recolección de datos de estudio y la sistematización de la información.
- Tercer momento: se llevó a cabo la reflexión y contrastación de los datos de estudio.

II. Fase hermenéutica: en este momento de la investigación se analizó e interpretó los hallazgos y los textos, se entabló un diálogo entre los autores y

discursos, para asumir posiciones frente a las tesis encontradas en el proceso investigativo.

III. Fase de resultados: en esta fase se construyeron conocimientos a partir del análisis crítico de los hallazgos y la estructuración del escrito.

Debido a la naturaleza del presente trabajo investigativo, las técnicas de recolección de información utilizadas fueron la revisión documental y el trabajo de archivo. Igualmente, se acudió a la revisión jurisprudencial de la Corte Constitucional para identificar el lugar del “balance constitucional” y poder entender el aporte del derecho judicial en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por otra parte, los instrumentos de recolección de información que se utilizaron en la investigación fueron las fichas bibliográficas y de análisis jurisprudenciales, porque éstas permiten consignar los avances del trabajo de campo y facilitan la adecuada sistematización y organización de la información.

2.3 AVANCES, RESULTADOS, DISCUSIÓN

El pensamiento decolonial y el derecho.

La teoría decolonial, promovida en América Latina por el Grupo Modernidad/Colonialidad²⁹, sustenta que el capitalismo es una red global de poder,

²⁹ “El grupo está formado por varios intelectuales de América Latina. Unos residen en sus respectivos países, otros en Estados Unidos. Es heterogéneo y transdisciplinar, comparten un acervo conceptual común, realizan investigaciones, publicaciones conjuntas, eventos y se reúnen frecuentemente para discutir sus aportes. Sin duda, las figuras centrales del colectivo son el filósofo argentino Enrique Dussel, el sociólogo peruano Aníbal Quijano y el semiólogo y teórico cultural argentino-estadounidense Walter D. Mignolo, quienes han aportado los conceptos que se han convertido en el punto de partida para los demás miembros. Existe un segundo nivel de integrantes, que, igualmente, han realizado aportes relevantes, pero su trabajo ya acoge los aportes del anterior trío. Entre ellos se encuentran el filósofo colombiano Santiago Castro-Gómez, el antropólogo colombiano Arturo Escobar, el sociólogo venezolano Edgardo Landier, el antropólogo venezolano Fernando Coronil, el filósofo puertorriqueño Nelson Maldonado Torres, el sociólogo puertorriqueño Ramón Grosfoguel y la lingüista norteamericana Catherine Walsh, quien trabaja desde la perspectiva de los estudios culturales en Ecuador. Otros intelectuales cercanos al grupo, o que constituyen generaciones nuevas, son Óscar Guardiola Rivera –filósofo colombiano–, Zulma Palermo, Freya Schiwy, Juliana

integrada paralelamente por procesos económicos, políticos y culturales. La integración e interrelación de estos procesos permite el mantenimiento del sistema capitalista, que a la vez es económico y cultural (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007). Con esta interpretación de la realidad, la teoría decolonial pretende superar las discusiones influenciadas por las posturas de la teoría poscolonial, los estudios culturales, la teoría del sistema-mundo y la teoría de la dependencia.

Por una parte, la teoría poscolonial (Said, 2013; Guha, 2002) y los estudios culturales (Hall, 1997) centran su atención en el análisis del “discurso colonial”, el cual construye un sistema de significaciones culturales que imposibilitan la agencia de los sujetos y reproduce los procesos coloniales. Por otro lado, la teoría del sistema-mundo (Wallerstein, 2006) y la teoría de la dependencia (Gunder Frank, 2005; Marini, 1991; Furtado, 2001) presentan el problema de la colonialidad en términos de relaciones económicas, originados por la acumulación de capital y el intercambio desigual. Frente a esto, como se mencionó anteriormente, la teoría decolonial surge como una síntesis entre las interpretaciones culturales y económicas.

El surgimiento de la teoría decolonial en América Latina y el Caribe sobrevino de la influencia del pensamiento indígena y afro-caribeño. Posteriormente, se extendió a Asia y África, sin relacionarse directamente con el pensamiento decolonial de las Américas; pero si, como contrapartida de la expansión y reorganización del capitalismo promovido por el imperialismo británico y francés (Mignolo, 2008). En este sentido, desde una lectura epistémica decolonial, se puede decir que nació como consecuencia de la formación e implementación de la matriz colonial de poder, descrita por Aníbal Quijano como “una concepción de la humanidad, según la cual la población del mundo se diferencia en inferiores y

Flórez y Mónica Espinosa. Es justo resaltar aquí el diálogo, los aportes y las actividades académicas conjuntas que con los principales miembros del grupo ha realizado el sociólogo norteamericano Immanuel Wallerstein” (Pachón, 2008, p. 10-11).

superiores, irracionales y racionales, primitivos y civilizados, tradicionales y modernos” (Quijano, 2007, p. 95).

El estudio señala que las manifestaciones coloniales se soportan bajo la constante relación del dominio colonial –iniciada en 1492– que evidencia una estructura o matriz de poder colonial que parte de los intereses del capitalismo en el marco de la modernidad y que atraviesa prácticamente todos los ámbitos de la vida (Walsh, 2008). Igualmente, el pensamiento decolonial presupone siempre la diferencia colonial, que se refiere a la exterioridad en el sentido del afuera, que resalta la concepción de bárbaro-colonial, construido por el adentro, en el que se construye la idea del civilizado-imperial (Mignolo, 2008).

De esta forma, la colonialidad en el derecho, como una estructura de dominación entre colonos y colonizados, implica que el ordenamiento jurídico se encuentra instaurado bajo un modelo piramidal y vertical que se concibe como una abstracción mitológica fomentada para justificar un orden jurídico injusto dentro de una sociedad desigual (Coelho, 2006). Lo anterior, se refleja en las estructuras socio-políticas de América Latina, que se configuran desde la colonialidad como resultado de la influencia de Occidente: se evidencia la conformación de una sociedad homogénea y monocultural que hace parte de una organización vertical, la cual ha sido encabezada por grupos dominantes-nacionales que se imponen sobre el resto, no solamente en la vida social, sino también en los fundamentos institucionales de la organización del Estado y cuya finalidad es permanecer en la cumbre sobre los excluidos y dominados.

La teoría decolonial en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

En América Latina aún persiste una herencia constitucional de origen colonial: nuestra América carga un gran peso de la experiencia colonial que de cierta manera ha evitado el desarrollo institucional y democrático -fundamentos del constitucionalismo- y ha generado absolutismos en la mayor parte de sus escenarios; no obstante, en los últimos tiempos el constitucionalismo ha experimentado un modelo dinámico y progresivo que evolucionó de la mano con las transformaciones sociales; es así como América Latina ha enfrentado grandes desafíos que produjeron cambios continuos en la construcción del Estado actual.

Pedro Salazar Ugarte señala que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (en adelante NCL) es el apelativo con el que se bautizó a los procesos constituyentes de algunos países de América Latina, durante los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI (Salazar, 2012). Igualmente, es posible afirmar que el NCL es consecuencia de movimientos sociales que adoptan instituciones propias de corte populista, esto quiere decir que anhelan la superación de una constitución limitadora, para lograr una constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente, en cabeza de la soberanía popular, expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado, pero también de la propia sociedad (Salazar, 2012).

Por otra parte, en Colombia el NCL tuvo sus inicios a partir de la constituyente colombiana entre los años 1990 y 1991. No obstante, la intención de este nuevo constitucionalismo maduró con la aprobación de las primeras constituciones mediante “referéndum de ratificación popular que resulta ser el aspecto nuclear de la legitimación de la Constitución” (Viciano y Martínez, 2010). Con posterioridad, la consolidación de la Constitución venezolana de 1999, conjugó elementos para materializar la solución a una necesidad constituyente producto de una crisis social y política que existía en la época (Salazar, 2012). Finalmente, se toma como referentes de un nuevo movimiento constitucional la reforma constitucional

ecuatoriana de 2008 y la transformación de derechos fundamentales plurinacionales y poscoloniales de la Constitución boliviana de 2009.

En ese orden de ideas, se entiende que la Constitución del NCL, vista desde su origen normativo, es un documento político con legitimidad democrática que sólo puede ser modificado sustancialmente por una asamblea popular constituyente. De esta manera se definieron al menos tres rasgos fundamentales del NCL como lo son (Salazar, 2012):

1. Legitimidad democrática de la constitución,
2. Reconocimiento amplio de derechos con el objeto de combatir la desigualdad y la exclusión social.
3. Predominio absoluto del poder constituyente sobre los poderes constituidos.

Así las cosas, se entiende que el NCL rompe políticamente con la tradición constitucional predominante de Occidente -revestido por lógicas jerárquicas y piramidales de un orden colonial- y se destaca por su originalidad, su amplitud – es decir un articulado muy extenso–, su complejidad con respecto a un lenguaje y simbolismo técnicamente complejo y su pronunciada rigidez que termina evitando las garantías de un predominio constituyente y soberano sobre los poderes constituidos (Viciano y Martínez, 2010).

Constitucionalismo colombiano y decolonialidad.

Considerando lo ya mencionado, acerca de que el sistema constitucional colombiano, al igual que todo orden jurídico, se fundamenta en las disputas de la realidad social y de los procesos de regulación sostenidos en la incorporación del deber ser; es preciso mencionar el trabajo que ha venido desarrollando la Corte Constitucional de Colombia, en el que se evidencian fuertes rupturas con el constitucionalismo colombiano tradicional, que se dieron gracias a los nuevos

escenarios sociales y jurídicos propios de nuestro país y a la vida real del Estado colombiano, dicho proceso suscitó nuevas lógicas normativas que buscan quebrantar aquellas lógicas jurídicas coloniales de siglos pasados que se disputan un lugar en el ordenamiento jurídico actual.

En este orden de ideas, la sentencia C- 410 de 1994, constituye un claro ejemplo, pues en ésta el Magistrado Carlos Gaviria Díaz, rompió el hermetismo constitucional señalando que existe una brecha de desigualdad frente a las mujeres con respecto a las pensiones. La sentencia T- 523 de 1997, fue referencia de la defensa por el pluralismo étnico; es decir, de la minorías, en ella se percibió la fuerza de una disputa sobre las relaciones entre el derecho de la llamada Sociedad Mayor (Gaviria, 2002) y el derecho de las comunidades indígenas. Igualmente, frente al derecho de las minorías en Colombia se han propiciado sentencias como la T-049 de 2013, que aboga por la permanencia y el desarrollo del derecho a una educación especial, étnica y cultural. Por su parte, las sentencias T- 428 de 1992, C-615 de 2009 y SU- 383 de 2003 mediaron para garantizar a las comunidades indígenas, el derecho a la consulta previa; posteriormente, dicho derecho se extendió a las comunidades afros y tribales del país.

No obstante, y sin reducir la importancia que tienen los precedentes constitucionales previamente mencionados, se enfatizó en dos sentencias que no solo transformaron la labor de la Honorable Corte, sino que trascendieron en la reivindicación de los derechos de los más excluidos, de aquellos destinados a la periferia por decisión de quienes ocupan los centros. En primer lugar: la sentencia T-025 de 2004, que promueve la protección de manera preferencial, efectiva e inmediata de las víctimas del desplazamiento forzado, el que propicia una violación sistemática de los derechos de aquellas poblaciones consideradas histórica, social y culturalmente como “minorías o minoritarias”; gracias a esta sentencia se reconocen hoy en día las garantías del enfoque diferencial en donde se alcanzan a identificar lineamientos orientados a la decolonialidad del poder y del ser. En segundo lugar, la sentencia C- 035 de 2016, se fundamenta en dos criterios de suma

importancia: i) la autonomía territorial de las áreas sujetas a la explotación minera y de hidrocarburos, ii) la garantía del derecho al ambiente sano, que asegura la protección de ecosistemas estratégicos por medio de sus servicios ambientales como los páramos y humedales nacionales donde se busca garantizar y priorizar el rescate de nuestros ecosistemas, frente actividades de extracción y explotación. Con ello, es posible observar que este tipo de fallos promueven nuevos mecanismos emancipatorios orientados a una decolonialidad de la madre naturaleza.

2.4 CONCLUSIONES

- Actualmente, el constitucionalismo latinoamericano enfrenta grandes desafíos y evidencia un cambio continuo; sin embargo, es posible comprender que varios ordenamientos jurídicos, como en el caso colombiano, siguen siendo influenciados por la experiencia colonial que de cierta manera ha evitado un desarrollo institucional y democrático.
- Si bien la Constitución colombiana de 1991 no incorporó explícitamente categorías que permitan romper tajantemente con la experiencia colonial, en el trabajo de la Corte Constitucional es posible observar procesos que destruyen estructuras coloniales, esto permite hablar de algunos avances sobre el tema decolonial, viabilizando la apertura y la libertad del pensamiento y de formas de vida -otras, economías- otras y teorías políticas-otras (Mignolo, 2008: 29).
- No obstante, pese a los avances desde el pensamiento decolonial, aún quedan muchos retos para el constitucionalismo colombiano, como la superación de la multiculturalidad que aún persiste dentro de la lógica de la colonialidad del poder, el sistema educativo que se encuentra enmarcado en la colonialidad del saber y el modelo de desarrollo que se encuentra relacionado con la colonialidad del ser.

2.5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agreda, E. (2004). *Guía de Investigación Cualitativa Interpretativa*. Pasto: Graficab.
- Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (2007). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Siglo del Hombre, Bogotá.
- Corte Constitucional. Sentencia T- 428 de 1992, junio 24 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, Expediente T-859.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 410 de 1994, 15 de septiembre de 1994 M. P. Carlos Gaviria Díaz, Expediente D-517.
- Corte Constitucional. Sentencia T- 523 de 1997, 15 de octubre de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Expediente T-124907.
- Corte Constitucional. Sentencia T- 025 de 2004, Febrero 8 de 2016 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Expediente T-653010.
- Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto 2 de septiembre 2009, Expediente LAT-335.
- Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2013, 05 de febrero de 2013 M. P. Luís Ernesto Vargas Silva, Expedientes T 3613182 y T 3616335.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 035 de 2016, Febrero 8 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Expediente D-10864.
- Coelho, L. F. (2006). *Direito constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Jurúa.
- Furtado, C. (2001). *La economía latinoamericana. Formación histórica y problemas*. México: Siglo XXI.

- Gaviria Díaz, C. (2002). *Sentencias: Herejías Jurisprudenciales*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Guha, R. (2002). *Las voces de la historia y otros estudios subalternos*. Madrid: Crítica.
- Gunder Frank, A. (2005). "El desarrollo del subdesarrollo", en *El nuevo rostro del capitalismo*. Monthly Review Selecciones en castellano
- Hall, S. (1997). *Representation: Cultural Representation and Signifying Practices*. London: Sage.
- Marini, R. M. (1991). *Dialéctica de la dependencia*. Madrid: Era.
- Pachón, D. (2008). Nueva perspectiva filosófica en América Latina: el grupo Modernidad/Colonialidad. *Ciencia Política* 5(1), 8-35.
- Mignolo, W. (2008). La opción de-colonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. *Tabula Rasa No. 8*, 243-281.
- Quijano, A. (2007). "Colonialidad del poder y clasificación social", en *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Reina, L. y Velasco, C. (1997). *La reindianización de América, siglo XIX*. México: Siglo XXI Editores.
- Said, E. (2013). *Orientalismo*. Madrid: Debate.
- Salazar Ugarte, P. (2012). *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)*. Seminario LASA. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Sandoval, C. (2002). *Módulo 4: Investigación Cualitativa*. Bogotá: ICFES.
- Vera, L. (2008). *La Investigación Cualitativa*. Universidad Interamericana de Puerto Rico. San José.

- Viciano, R. y Martínez, D. (2010). "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador.
- Wallerstein, I. (2004). *Capitalismo histórico y movimientos antisistémicos*. Madrid: Akal.
- Wallerstein, I. (2006). *Análisis de sistema-mundo*. México: Siglo XXI.
- Walsh, C. (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa* No. 9, 131-152.

3. PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Jaime Andrés Bastidas Rosero³⁰

RESUMEN

Una de las problemáticas sobre derechos humanos que ha adquirido relevancia en los últimos años, es la situación de las personas privadas de la libertad dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, pues se convierten en víctimas de las condiciones en las que deben permanecer hasta cumplir su condena : hacinamiento, instalaciones insalubres, falta de acceso a los servicios de salud y de asesoría jurídica; por lo expuesto, conviene estudiar y analizar los parámetros, estándares y principios dictados por El Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la materia.

PALABRAS CLAVE

Personas Privadas de la Libertad, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Sistema Penitenciario y Carcelario, Política Criminal, Tortura.

ABSTRACT

³⁰ Abogado Grado de Honor y Egresado Distinguido de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, Estudiante de la Maestría en Resolución de Conflictos y Mediación de la Universidad Internacional Iberoamericana de México. Miembro activo del grupo de investigación Derecho, Justicia y Región - DEJURE de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: jbastidasrosero@gmail.com

PERSONS DEPRIVED OF LIBERTY IN THE FRAMEWORK OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

One of the human rights issues that has become relevant in recent years is the situation of persons deprived of their liberty in penitentiary and prison establishments, as they become victims of the conditions in which they must remain until their condemnation: overcrowding, unhealthy facilities, lack of access to health services and legal advice, which is why it is convenient to study and analyze the parameters, standards and principles dictated by the Inter-American Human Rights System on this matter.

KEY WORDS

Persons Deprived of Liberty, Inter-American Human Rights System, Prisons and Penitentiaries System, Criminal Policy, Torture.

3.1 INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) parte de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y de manera específica desde la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por la Organización de Estados Americanos (OEA), con la finalidad de promover y proteger los derechos humanos en la región. Una década más tarde los Estados miembros de la OEA expidieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (CADH), que entró en vigor en 1978, un año más tarde, en esta ciudad, se instaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Así las cosas, se estructuraron dentro de la OEA dos instituciones autónomas e independientes para la protección y garantía de los derechos humanos, en las que cualquier particular puede presentar peticiones sobre la presunta vulneración de los

derechos contenidos en la Convención Americana por un Estado miembro, dichas solicitudes las tramitaría inicialmente la CIDH y en caso que se hallé mérito y si después del informe de fondo, el Estado no adopta las medidas recomendadas, el caso podrá someterse ante la Corte IDH.

Se debe destacar que dentro del SIDH se ha producido una enorme cantidad de decisiones provenientes de las instituciones previamente mencionadas, como instrumentos normativos por parte de la OEA, para complementar las estipulaciones originalmente pactadas, tales como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana contra el Terrorismo, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otras.

La CADH establece claramente en su artículo 5, la protección a la integridad física, psíquica y moral de las personas en nuestro hemisferio, más específicamente este instrumento señala: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, para la Corte IDH, las anteriores, son conductas que están proscritas para los Estados Parte, sin importar las circunstancias o supuestos en los que se enmarquen, puesto que es una norma perteneciente al *ius cogens* internacional.

En este orden de ideas, se ha evidenciado que las personas que se encuentran dentro del Sistema Penitenciario y Carcelario de nuestro hemisferio, bajo la custodia del Estado, presentan serios problemas de hacinamiento, insalubridad, falta de acceso a servicios públicos básicos; además, en los centros de reclusión, son sometidos a vulneraciones sistemáticas de sus derechos humanos, todo lo anterior es catalogado a nivel internacional, como una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante.

Entonces, el presente trabajo abordará en un primer momento los aspectos normativos y conceptuales de la materia, para luego tratar los pronunciamientos dentro del SIDH sobre el objeto de estudio, finalmente se hará referencia a las obligaciones estatales respecto a este tipo de vulneración a los derechos humanos.

3.2 METODOLOGÍA

La presente investigación cualitativa plantea los pronunciamientos más importantes emitidos por la CIDH y Corte IDH, como organismos adscritos al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, relacionados con la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradante, específicamente, para el caso en comento, mediante un proceso hermenéutico que pretende reflexionar y analizar las incidencias, principios, requisitos y estándares de las decisiones de estos organismos internacionales en los derechos de este grupo social que se encuentra bajo la custodia y cuidado del Estado, aspecto que adquiere relevancia, si se considera el Estado de Cosas Inconstitucionales referente al Sistema Penitenciario y Carcelario declarado por la Corte Constitucional.

Esta revisión de providencias de los organismos del SIDH se enmarca dentro del proyecto de investigación en curso “Principios de la Tortura y otras Penas o Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes en el marco del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos”, dentro de la línea de investigación de derecho social del grupo Derecho, Justicia y Región (DEJURE) del Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos (CIESJU) de la Universidad de Nariño.

3.3 AVANCES DE INVESTIGACIÓN

a. Aproximación Conceptual

La Corte IDH, en casos como *Ximenes Lopes contra Brasil* (2006) y *Maritza Urrutia contra Guatemala* (2003), ha establecido que la connotación de tortura y

otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes varían según la persona a la que se practiquen y en sus secuelas deben considerarse factores endógenos y exógenos, que deben ser analizados independientemente en cada caso; es preciso tener en cuenta que tales circunstancias no se relacionan únicamente con el ámbito físico, sino también con el sufrimiento físico y la angustia moral.

No obstante, la definición de tortura ha sido un reto dentro del SIDH, por lo que se ha tomado como referente primordial el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura que señala:

“se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica (...).”.

Así las cosas, la Corte IDH en una extensa y reiterativa jurisprudencia determinó los elementos constitutivos de la tortura, lo anterior inició con el caso Bueno Alves contra Argentina (2007), que si bien tuvo la oportunidad de revisar con anterioridad, fue solo hasta tal estudio que se sistematizaron los requisitos y criterios del ilícito, como son: (i) que exista una acción deliberada o intencional, (ii) que la víctima sufra dolor o angustia física o psicológica severa, y (iii) que tenga una finalidad o propósito determinado. De igual forma, la CIDH, en casos como Raquel Martín Mejía contra Perú (1996), fijó ciertos parámetros para determinar el sujeto activo de la conducta, con la finalidad de establecer la posible responsabilidad internacional de un Estado en los términos de la Convención Americana.

Por lo anterior, es pertinente detenerse a analizar el alcance de los requisitos mencionados, pues suscitan grandes debates doctrinales; el primero de ellos sobre la “intencionalidad” de la conducta, porque para los teóricos del SIDH puede generar un grave problema probatorio en perjuicio de la víctima, aludiendo que no hace referencia a la responsabilidad individual del agente estatal o particular con su aquiescencia, sino a la respuesta efectiva del Estado ante la gravedad de los sufrimientos padecidos por la víctima (Nash, 2014).

Con relación al sufrimiento, en casos como Rosendo Cantú y otra contra México (2011), la Corte IDH ha indicado que la forma de determinar la intensidad del dolor debe tener en cuenta las diferencias que existen entre cada persona, abandonando con ello la idea de un estándar que reconozca dichas individualidades; por consiguiente, el análisis de la situación del particular del titular del derecho, permite un adecuado respeto y garantía de los derechos consagrados en la CADH, especialmente, en lo referente a la integridad personal, pues en caso contrario se incurriría en formas de trato desigual y discriminatorio, porque se juzgaría de acuerdo con estereotipos que surgen de visiones predominantes en un momento determinado.

Por último, sobre la “finalidad”, en el mencionado caso Bueno Alves contra Argentina (2007), se estableció un umbral de exigencia, en el cual debe existir una orientación manifiesta en el accionar del aparato estatal, pues de no mediar un propósito, como por ejemplo, el obtener una confesión o la intimidación, no se perfecciona la tortura.

Respecto a los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, se debe aclarar que ninguna de las dos instituciones del SIDH ha emitido un concepto acerca de los mismos; no obstante, en decisiones como la de Cantuta contra Perú (2006), se referencia a otros cuerpos internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, con el

fin de darle alcance a esta figura, al igual que a los informes y conclusiones del Relator Especial para la Tortura de las Naciones Unidas, generando de esta manera un cierto margen de apreciación e interpretación a la hora de determinar tales vulneraciones a los derechos humanos, es así como cada caso particular se debe apreciar a la luz de los tratados internacionales.

Con base en el artículo 10.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que establece: “*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”, la CIDH en diversas decisiones, como Roach y Pinkerson contra Estados Unidos (1987), ha resaltado el trato digno que debe dársele las personas privadas de la libertad que se encuentran bajo la tutela del Estado; es decir, se proscriben sanciones como castigo corporales a detenidos o sentenciados, que no solo afectan la integridad física de la persona, sino también psíquica debido al estrés, angustia y miedo antes de recibir los mismos. Lo anterior se constituye en una forma de tortura, argumento posteriormente ratificado por la Corte IDH en decisiones como las del Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay (2004).

b. Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos (SIDH)

En el caso Pacheco Teurel contra Honduras (2012), la Corte IDH indicó que se deben otorgar condiciones de detención acordes a la normatividad internacional, considerando que el Estado “*se convierte en el garante de los derechos de los detenidos*”, por lo que la falta de ventilación o luz natural, instalaciones de descanso o condiciones sanitarias inadecuadas, mala alimentación, actividad física inapropiada, acceso limitado a la educación o recreación, falta de atención médica o psicológica, restricciones indebidas al régimen de visitas, entre otras, constituyen violaciones al derecho de recibir un trato humano.

En este orden de ideas, los aspectos previamente mencionados fueron tratados con mayor amplitud por la CIDH, de acuerdo con los criterios establecidos en la Resolución No. 01 de 2008: “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas” y un posterior Informe con la misma temática en el año 2011. Lo anterior permitió identificar en los países de la región, casos derivados de actos de tortura, otras penas y tratos crueles inhumanos o degradantes, esto se consideró como una grave falencia y atentado sistemático al derecho contenido en el artículo 5 -referente a la integridad personal - de la CADH.

En este sentido, la retención de personas en situaciones de aislamiento e incomunicación, ha sido considerada, desde el inicio de la jurisprudencia de la Corte IDH, como una grave vulneración a los derechos humanos, señaló en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988), que *“el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se vio sometida la víctima representan por sí mismos formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*, prácticas que únicamente pueden ser aplicadas por los Estados como excepcionales y bajo unos marcos específicos.

Además, la detención arbitraria por parte de agentes estatales, es decir, sin atención a las normas procesales y sustanciales propias para este tipo de restricciones de derechos, constituye, según la Corte IDH, una vulneración al derecho a la integridad personal, en el entendido que una persona: *“se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”* (Caso Cantoral Benavides contra Perú, 2000), concepción que comparte la CIDH, cuando en casos de detenciones arbitrarias, informó sobre tratos degradantes e inhumanos respecto a las personas que se encontraban en tal

situación, en el informe de fondo de Luis Lizardo Cabrera contra República Dominicana (1996).

En un caso más reciente, aunque no se relaciona directamente con el tópico tratado, como el caso Quispialaya Vilcapoma contra Perú (2015), la Corte IDH indicó que si bien las personas enlistadas en el ejército no se encuentran técnicamente privadas de la libertad, no cabe duda que si se encuentran bajo la custodia del Estado, gozando de las mismas garantías enunciadas; por lo tanto, cualquier práctica tendiente a afectar su integridad física o psicológica podría configurar una forma de tortura o trato degradante.

Otro asunto que es necesario mencionar en el presente estudio es la aplicación de la pena de muerte en el caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago, que según la Corte IDH, aunque no constituye *per se* una vulneración de las obligaciones internacionales del Estado, -parte contenida en la CADH-, debe interpretarse en un sentido restrictivo; por lo tanto, este tipo de penas debe desaparecer progresivamente. En un sentido similar, con un número de casos más significativos, en estudio, la CIDH ha señalado que se deben analizar con especial cuidado aquellos casos que tengan como condena final la pena de muerte, ya que constituye *“la forma de castigo absoluto por la que se quita el más valioso de los derechos, el derecho a la vida y una vez ejecutada es irrevocable e irreparable”* (Caso Dave Swell contra Jamaica, 2002).

Por lo anterior, en nuestro hemisferio se ha convertido en política la abolición de la pena de muerte, toda vez que se convierte en una sanción que no tiene en cuenta la finalidad de la pena, y que no responde a las necesidades de los sistemas penitenciarios modernos, que pretenden, entre otros, la resocialización del infractor de una conducta típica.

La Corte IDH, en casos como Castillo Petruzzi contra Perú (1999) y Cantoral Benavides contra Perú (2000), indicó que el uso de la fuerza por parte de agentes estatales que no sea estrictamente necesaria, constituye un atentado a la dignidad humana, y por consiguiente una violación a lo indicado en el artículo 5 del CADH. Sin embargo, tal posición no se ha mantenido dentro de tal Corporación, es así como en el caso Durand y Ugarte contra Perú (2000), se indicó que el empleo de la fuerza para reprimir un motín en prisión, donde resultaron personas fallecidas, no entra dentro de la finalidad y ámbito de aplicación de la disposición en estudio.

Esta última posición ha sido compartida por la CIDH, indicando que, bajo ciertas circunstancias, los agentes estatales pueden usar la fuerza para hacer cumplir la ley o mantener el orden público, incluso si como resultado hay lesiones o fallecimiento, supuestos fácticos que con regularidad suelen presentarse dentro de centros de reclusión y prisión.

Otro de los aspectos que ha sido abordado hace referencia a la diferenciación entre procesados y condenados, es decir, que no es posible dar un trato igual a personas que se encuentra inmersas dentro de un proceso penal, a otras que ya fueron condenadas por las autoridades judiciales, ya que los primeros aún gozan de su presunción de inocencia (Caso Yvon Neptune contra Haití, 2008) y la no separación los expone a una posible situación de mayor violencia, a la cual no tienen por qué ser sometidos (Caso Tibi contra Ecuador, 2004).

c. Obligaciones de los Estados dentro del SIDH respecto a Personas Privadas de la Libertad

Del artículo 5 de la CADH se deriva, de forma clara, que los Estados que ratificaron tal instrumento internacional no deben incurrir en actos que puedan considerarse violatorios de la integridad personal, cualquiera sea la faceta de dicho derecho; no obstante, existen ciertas obligaciones que no se desprenden de la

literalidad de la norma que han sido desarrolladas por los organismos que integran el SIDH y que dentro del presente trabajo es indispensable su revisión.

En primer lugar, en casos como la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia (2006), la Corte IDH se ha encargado de reiterar la obligación que tiene un Estado, en el deber de garantía, de investigar las graves violaciones a derechos humanos; en este sentido, para esta etapa, corresponde activar el aparato judicial a la institucionalidad mismo y no a la víctima. Por consiguiente, tales investigaciones se deben desarrollar de oficio, cuyas características son: ser desarrollada en un tiempo razonable, realizarse de forma seria, imparcial y efectiva y no ser vista como una formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.

Posteriormente, en el caso de la Masacre de la Rochela contra Colombia (2007), se estableció que puede generarse ineficacia en las investigaciones, cuando las líneas de las mismas eluden el análisis de patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, como las que ocurren en establecimientos penitenciarios y carcelarios; ante lo expuesto, la determinación judicial de los patrones en dichos actos y sus correspondientes responsabilidades, constituye una exigencia indispensable para la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad.

En este orden de ideas, se ha explicado que el deber de prevenir la violación de los derechos humanos constituye una obligación que debe asumirse como un medio o comportamiento que abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los mismos (Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, 1988), entonces, en virtud del mismo deber corresponde a los Estados otorgar una protección especial y más personalizada, con el fin de prevenir posibles violaciones dirigidas a personas que se encuentren en un peligro claro e individualizado, como en el caso de Valle Jaramillo y otros contra Colombia (2008).

Un aspecto que, sin duda, la Corte IDH ha resaltado es que bajo supuestos de graves violaciones a derechos humanos, como la tortura, se deben activar todos los medios nacionales e internacionales para penalizar a los responsables, considerando que tales actos afectan los valores y bienes trascendentales de la comunidad internacional, para de manera ineludible erradicar la impunidad (Caso Goiburú y otros contra Paraguay, 2006).

Lo anterior no quiere decir que la obligación de garantía se limite a la respuesta sobre un hecho que vulnera el artículo 5 de la CADH; por ello, en casos como el de Heliodoro Portugal contra Panamá (2008), se estipuló que ésta también tiene un ámbito preventivo, como la tipificación de actos de tortura en el ámbito interno con los estándares internacionales.

3.4 CONCLUSIONES

- Los casos sobre tortura al interior del SIDH asumen como punto de partida diferentes nociones del derecho penal internacional, no obstante, resulta paradójico que aunque estén absolutamente prohibidos, su definición sigue siendo un desafío importante en el ámbito de la responsabilidad internacional, en la responsabilidad penal individual y en los actos que los constituyen, como es el exceso del uso de la fuerza.
- Se debe resaltar que los estándares de diferenciación entre la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, en los casos analizados de la Corte IDH, no resultan del todo nítidos, pues su jurisprudencia refiere diferentes aspectos interesantes de interpretación, como la presunción de su configuración en privaciones ilegales de la libertad física en aislamiento.

- Sin lugar a dudas, se debe resaltar la reciproca influencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional; lo anterior porque tales ordenamientos se encuentran convencional y funcionalmente distanciados o vigilados por organismos judiciales o cuasijudiciales de diferente naturaleza; por lo tanto, es necesario mantener cierta coherencia y concordancia para generar un cuerpo normativo y jurisprudencial internacional relativamente unificado que permita a los Estados acoger con mayor facilidad y precisión tales disposiciones al ordenamiento interno, principalmente, tratándose de personas privadas de la libertad quienes se encuentran en un especial estado de vulnerabilidad y que están sometidas a múltiples violaciones de sus derechos humanos.
- Después de este recorrido normativo y jurisprudencial es posible reconocer con mayor facilidad ciertas obligaciones de los Estados de la CADH que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, como son: el deber de protección frente a los malos tratos causados por actores privados, el de investigar y sancionar, el de capacitar a su personal y ofrecer garantías judiciales y administrativas a los asociados, el deber de reparar integralmente a las víctimas de estos vejámenes. Entonces, las obligaciones del Estado, adquieren ciertas características particulares en casos de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes; es decir, más allá de los alcances normales de lo consignado en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, es necesario que se adopte medidas especiales que permitan dar plena efectividad al derecho de integridad personal, así las medidas vinculadas con la investigación y sanción de los actos de tortura que se desarrollan de forma masiva y sistemática, deben ser preventivas y efectivas tanto en aspectos procedimentales como sustanciales.
- Finalmente, no puede pasarse por alto que estos Estados, entre los que se encuentra Colombia, deben tomar medidas efectivas en el manejo de la Política Criminal y del Sistema Penitenciario y Carcelario. Así las cosas, la

desarticulación entre las instituciones impiden que tales situaciones vulneradoras de derechos humanos cesen, aspecto que adquiere mayor relevancia cuando las penas que pagan las personas privadas de la libertad tienen como finalidad la resocialización y no una mera sanción.

3.5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Comisión IDH. Caso Dave Swell contra Jamaica (2002). Caso 12.347. Informe No. 76 de 2002.

Comisión IDH. Caso Luis Lizardo Cabrera contra República Dominicana (1996). Caso 10.832. Informe No. 35 de 1996.

Comisión IDH. Caso Raquel Martin Mejía contra Perú (1996). Caso 10.970. Informe No. 5 de 1996.

Comisión IDH. Caso Roach y Pinkerton contra Estados Unidos (1987). Caso 9.647. Resolución No. 3 de 1987.

Corte IDH. Caso Maritza Urrutia contra Guatemala (2003). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

Corte IDH. Caso Bueno Alves contra Argentina (2007). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

Corte IDH. Caso Cantoral Benavides contra Perú (2000). Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú (1999). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. Caso Durand y Ugarte contra Perú (2000). Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Corte IDH. Caso Goiburú y otros contra Paraguay (2006). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal contra Panamá (2008). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago (2002). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay (2004). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso La Cantuta contra Perú (2006). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. Caso Masacre de la Rochela contra Colombia (2007). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello contra Colombia (2006). Fondo. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. Caso Pacheco Teurel contra Honduras (2012). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.

Corte IDH. Caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú (2006). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. Caso Quispialaya Vilcapoma contra Perú (2015). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308.

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra contra México (2010). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. Caso Tibi contra Ecuador (2004). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros contra Colombia (2008). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988). Fondo. Sentencia de 9 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes contra Brasil (2006). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. Caso Yvon Neptune contra Haití (2008). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Nash, C. (2014). Derecho a la Integridad Personal. En C. Steiner y P. Uribe (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. (pp. 131-160). Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer.

4. CONSULTA PREVIA Y MEDIO AMBIENTE: DEL RECONOCIMIENTO FORMAL A LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS

Andrea Carolina Casanova Mejía³¹

RESUMEN

A partir de la constitucionalización de los mecanismos de participación ciudadana, uno de los escenarios más importantes para el ejercicio de los derechos de las comunidades afrocolombianas e indígenas es la consulta previa, pues a través de ésta no solo se ha permitido la materialización de sus derechos fundamentales, sino también la protección del medio ambiente y el adecuado aprovechamiento de los recursos naturales existentes en sus territorios. No obstante, su incipiente desarrollo, la ausencia de un marco normativo claro, el insuficiente compromiso político y la concepción de los gobiernos frente a la inversión privada, considerada como fuente primordial para promover el desarrollo de sus regiones, son las dificultades más frecuentes que se vislumbran para lograr su correcta efectivización. En el presente documento se pretende conceptualizar la relación existente entre dos derechos constitucionales: el de los ciudadanos a participar en las decisiones que los afectan (Const., 1991, art.2) y la protección de todas y cada una de las riquezas naturales de la Nación (Const., 1991, art.8), mediante un marco legal y jurisprudencial, a fin de evidenciar las potenciales, limitaciones y problemáticas suscitadas en el ejercicio de los mismos, en la ejecución de proyectos encaminados a la exploración y explotación de recursos naturales.

³¹Abogada, Universidad Cooperativa de Colombia. Candidata a Magister en Derecho con énfasis en regulación minera, energética y petrolera de la Universidad Externado de Colombia. Universidad Cooperativa de Colombia, Grupo de Investigación La Minga. Correo electrónico: andrecasanova15@hotmail.com

PALABRAS CLAVE

Derecho Ambiental, recursos naturales, mecanismos de participación ciudadana, consulta previa, minorías étnicas.

ABSTRACT

PREVIOUS CONSULTATION AND THE ENVIRONMENT: FROM FORMAL RECOGNITION TO THE CLAIM OF THE TERRITORIAL RIGHTS OF ETHNIC MINORITIES

Based on the constitutionalisation of citizen participation mechanisms, one of the most important scenarios for the exercise of the rights of Afro-Colombian and indigenous communities is the prior consultation, given that through this, not only has allowed the materialization of their fundamental rights, but also the protection of the environment and the proper use of natural resources in their territories. However, their incipient development, the absence of a clear regulatory framework, insufficient political commitment and the governments' conception against private investment, considered as a prime source for promoting the development of their regions, are the most frequent difficulties encountered to achieve its correct realization. The present document intends to conceptualize the relationship between two constitutional rights: the right of citizens to participate in the decisions that affect them (Const., 1991, art. 2) and the protection of each and every one of the natural wealth (Const., 1991, art. 8), through a legal and jurisprudential framework, in order to demonstrate the potentials, limitations and problems raised in the exercise thereof, in the execution of projects aimed at the exploration and exploitation of natural resources.

KEY WORDS:

Environmental law, Natural resources, Mechanisms for citizen participation, Prior consultation, Ethnic minorities

4.1 INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que la resolución de las problemáticas ambientales conciernen principalmente a las ciencias exactas y naturales, también lo es, que el apoyo de las ciencias sociales es esencial cuando se requiere tomar decisiones políticas en el momento de implementar y ejecutar las medidas aprobadas científicamente; este soporte se refleja en la necesidad de los Estados para promover políticas encaminadas a un justo equilibrio entre las prácticas de los diferentes procesos de industrialización con el ecosistema, a fin de controlar la desmesurada explotación de los recursos, garantizar a las personas una mejor y prolongada calidad de vida, y lograr un desarrollo sostenible ecológica y económicamente.

En este sentido, la regulación ambiental surge de la necesidad de los Estados de responder ante la sociedad por las inconsistencias y vacíos en cuanto al manejo de los recursos naturales existentes, puestos en peligro por la eminente falta de responsabilidad en la ejecución actividades económicas y la intervención directa del ser humano.

Tales objetivos han sido logrados a través de la implementación de principios pro ambientales, regulados tanto a nivel internacional como nacional, dentro de los cuales figuran: el principio a la igualdad, el desarrollo sostenible, la soberanía del Estado frente a los recursos naturales propios, la no interferencia, las responsabilidades compartidas y la cooperación internacional. (Declaración de Río ,ONU, 1992.)

Aunque la implementación de dichas políticas ambientales es ostentada por el poder político, también está acompañada por acciones de participación de la ciudadanía, pues el hombre concebido desde su esfera individual y social es el directo beneficiario al disfrutar de un medio ambiente sano.

De acuerdo con lo anteriormente mencionado, resulta necesario identificar el rol que el individuo ejecuta para garantizar el cumplimiento del fin constitucional de *“proteger todas y cada una de las riquezas naturales de la Nación”* (Const., 1991, art. 8) en ejercicio del poder conferido por la *“participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”* (Const., 1991, art. 2).

Igualmente, en virtud del reconocimiento de la pluriculturalidad y la pluriétnicidad del territorio colombiano y las garantías especiales otorgadas a las comunidades étnicamente diferenciadas -afro colombianas e indígenas-, el papel de la intervención en las decisiones, antes anotadas cobra mayor relevancia debido a los fuertes vínculos y concepciones de estos grupos con la naturaleza y el territorio.

En este contexto, es supremamente importante comprender como opera la participación ciudadana, mediante la consulta previa, en la esfera ambiental; especialmente, en lo que respecta al ejercicio de este derecho por parte de las comunidades afro descendientes e indígenas. Para tal efecto, se analizará: (i) definición, alcance, regulación y mecanismos de la participación ciudadana en materia ambiental, (ii) la conceptualización y desarrollo de la consulta previa en el marco legal y jurisprudencial, en aras de determinar los mecanismos más eficientes para su fortalecimiento, efectivización y obtención de beneficios compartidos – Estado, comunidad e inversionista privado-, con el menor detrimento al medio ambiente.

4.2 METODOLOGÍA

El presente trabajo aplicó la metodología de investigación cualitativa y un enfoque histórico hermenéutico, porque pretende comprender tanto los procesos sociales, como las medidas legislativas y jurisprudenciales en torno al rol de la participación ciudadana, desde la consulta previa, para la protección de los derechos de las minorías étnicas y del medio ambiente, en la ejecución de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, para poder evidenciar sus alcances, discrepancias y vacíos, que influyen el desenvolvimiento social, cultural y ambiental de estas comunidades.

En este orden de ideas, se realizó una revisión bibliográfica y documental, se analizaron los principales pronunciamientos de los Altos Estamentos Judiciales del ámbito Nacional e Internacional que han resuelto litigios relacionados con las problemáticas en comento, para a partir del análisis propuesto, determinar las implicaciones que tienen los conflictos territoriales y ambientales identificados, en la protección y el reconocimiento de los derechos y garantías de las comunidades étnicas que representan.

4.3 AVANCES, RESULTADOS, DISCUSIÓN

“...La Consulta Previa es un derecho fundamental a través del cual se protegen otros derechos, pero contrario al propósito con que fue creada, se ha llevado al mercantilismo; porque el territorio y todos los derechos que se ponen en juego en una Consulta se volvieron objeto de negocio económico. De esta manera también se ha contribuido al despojo y a la desterritorialización de los pueblos afro descendientes en el país.”

Comunidades negras del Palenque, El Congal, Buenaventura,
Septiembre de 2011(Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, p.3).

i. Definición, alcance, regulación y mecanismos de la participación ciudadana en materia ambiental:

En virtud de la promulgación de la Constitución Nacional de 1991, se estableció como principio fundamental del Estado Colombiano, la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afecten; entonces, se dieron avances importantes que permitieron pasar de una democracia representativa: en la que el ciudadano delegaba su responsabilidad al gobernante, a una democracia participativa, donde el individuo interviene directa o indirectamente en la gestión de los asuntos públicos. La participación ciudadana, en este marco, se constituye como una categoría fundamental para el ejercicio de la democracia, puesto que permite a todos los ciudadanos hacer efectiva la posibilidad de “hacer parte de” las decisiones que los afectan en todos los ámbitos de la vida. La participación así concebida, se convierte entonces en una manera cierta de hacer posible la democracia y de construir país.

Tales prerrogativas en la esfera ambiental, se ven reflejadas en la incidencia de la ciudadanía en las decisiones públicas que afecten el medio ambiente; en este sentido, *“cuando se habla de gestión ambiental participativa, la participación tendría que hacer referencia al conjunto de acciones sistemáticas que buscan integrar y articular al conjunto de actores sociales con el fin de promover la recuperación, conversación y potenciación del ambiente, con el concurso de todos los interesados, en cuando un ambiente sano en condición básica para tener calidad de vida”* (Londoño y Rojas, 2000, p. 271.)

De esta manera, con el objeto de alcanzar tales fines, igualmente se debe propender porque dicha participación sea real y efectiva, esto se traduce en *“la garantía de que los actores sociales tengan posibilidades equitativas para ejercer una participación efectiva en las decisiones que los afecten directamente o a través*

del impacto sobre los ecosistemas de los cuales forman parte o con los cuales interactúan”. (Ministerio, CVC, 2002, p.159).

No obstante, y de acuerdo con la discrecionalidad del Estado, esta participación se enmarca principalmente en la ejecución de las actividades tendientes a lograr la obtención de licencias o permisos ambientales, en procesos de planeación, en la exploración y explotación de recursos naturales. (Ley 99,1993, art. 69).

A pesar de lo anteriormente referido, la participación ciudadana en materia ambiental y dentro de la esfera nacional ha pasado por una serie de transformaciones, de manera, de acuerdo con las directrices tomadas por la Declaración de Estocolmo³², en 1973 se expidió la Ley 23, con el objetivo de *“prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente, y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional.”* (1973, Art. 1). Se concibe al medio ambiente como patrimonio común; por lo tanto, su conservación y mejoramiento eran consideradas actividades de utilidad pública en las que debían participar el Estado y los particulares. (Ley 23, 1973, art.2).

Seguidamente, con la promulgación del Decreto Ley 2811 de 1974, denominado: Código Nacional de Recursos, se propuso el objetivo de: *“Lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguran el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos, y la máxima participación social para*

³² Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, realizada en Estocolmo en el año de 1972, donde por primera vez se debate la problemática del medio ambiente y se resalta la importancia del mismo para el ser humano y los demás seres vivos.

beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio Nacional (...).” (1974, Art. 1) (Negrilla fuera del texto).

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se elevó a rango constitucional la protección del medio ambiente, así como la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural del país.

En este orden de ideas, en cumplimiento de los mandatos constitucionales se expidió la Ley 99 de 1993, por la cual se establecen los principios universales de protección al medio ambiente y el desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río³³, “*se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental- SINA, y se dictan otras disposiciones*” **considerando** el objeto del presente análisis se adoptaron de manera tácita los **modos y procedimientos de la participación ciudadana** (Ley 99, 1993, arts. 69 a 76), de esta manera, se reconoce el derecho de los ciudadanos para participar en los procedimientos administrativos del trámite de las peticiones de intervención ambiental, en la información relacionada con las decisiones sobre el Medio Ambiente; adicionalmente, los ciudadanos podrán participar en las audiencias públicas administrativas sobre decisiones ambientales en trámite (intervención del Ministro del Medio Ambiente) y en los procedimientos judiciales por acciones populares.

³³ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, en Río de Janeiro, en el año de 1992, a través de ésta se reafirma y desarrolla la Declaración de Estocolmo, cuyo objetivo se circunscribe en desarrollar principios de carácter vinculante tendientes a alcanzar el desarrollo sostenible, así como el derecho soberano de los Estados para aprovechar sus recursos naturales, haciendo explícita la responsabilidad de los mismos de velar por la conservación del medio ambiente.

Igualmente, mediante la Ley 165 de 1994 con la que se aprobó el Convenio de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica³⁴, se consagró como objetivo principal *“la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y **la participación justa y equitativa** en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.”*(1994, Art. 1) (Negrilla fuera del texto).

Es así como en la Ley 99 de 1993, norma marco en la consolidación de la participación ciudadana ambiental, se consagraron una serie de mecanismos de carácter administrativo y judicial para hacer efectiva dicha participación.

Dentro de los mecanismos de carácter administrativo vislumbrados por la normatividad en comento, figuran las audiencias públicas (Ley 99, 1993, art. 72), la participación en los procesos de planificación ambiental (Ley 99, 1993, art. 69), el derecho de petición (Ley 99.1993, art. 74) y la consulta previa. (Ley 99.1993, art. 76).

A su turno, dentro de los mecanismos judiciales se enmarcan la acción popular (Ley 99.1993, art. 75) y la Acción de nulidad (Ley 99.1993, art. 73).

Lo anterior, sin contar con los demás mecanismos de orden constitucional y legal como la acción de tutela, la acción de grupo, acción de cumplimiento, acción de inconstitucionalidad, veedurías ciudadanas, referendo, entre otras.

³⁴ Tratado internacional con carácter vinculante, celebrado el día 5 de junio de 1992 en Rio de Janeiro, cuyo objetivo principal es promover las medidas pertinentes que conduzcan a un futuro sostenible, mediante la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

ii. Conceptualización y desarrollo de la consulta previa - marco legal y jurisprudencial:

Debido a los diferentes procesos de visibilización e inclusión de las minorías étnicas en el país, la consulta previa, como mecanismo de participación ciudadana se convirtió en un elemento fundamental de empoderamiento de estos grupos, no solo para el ejercicio del mismo, sino también para amparar otros derechos como: el derecho a la vida, a la integridad personal, al debido proceso y a garantías judiciales, a derecho a la propiedad y a la protección del medio ambiente, entre otros.

Pese a lo anteriormente mencionado, el incipiente desarrollo, la ausencia de reglas claras, la dispersión de fuentes normativas, el insuficiente compromiso político y la concepción del gobierno frente a la inversión privada, como fuente primordial para promover el desarrollo de la región, son las dificultades más frecuentes que se vislumbran para la correcta materialización de los derechos anteriormente consagrados en cabeza de las comunidades étnicas; no obstante, es preciso reconocer que en lo relacionado con la defensa de las comunidades en referencia, el derecho ha tenido un importante desarrollo a nivel político, administrativo y judicial.

Entonces, es preciso definir inicialmente a la consulta previa, como el derecho fundamental de las comunidades indígenas y tribales a ser informadas previamente cuando se tomen medidas de índole legislativo o administrativo (Convenio 169, OIT, 1989, art. 6), un proceso similar debe aplicarse cuando se trate de la ejecución de proyectos, de obras o actividades dentro de sus territorios, para proteger su integridad cultural, social, económica y garantizar el derecho a la participación de las mismas. En consonancia con ello, la Corte constitucional ha manifestado que:

“(...) la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.” (Corte Constitucional, Sentencia SU 039, 1997).

Igualmente, el Derecho Internacional mediante normatividad y vía jurisprudencial ha reconocido a través del Derecho a la Propiedad (CADH, 1969, art.21) el vínculo especial y colectivo de los pueblos indígenas y tribales con su territorio y sus derechos a mantenerlo, fortalecerlo y asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumbe (Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, 2007, art.25), el objetivo es imponer a los Estados el deber de garantizar y respetar la permanencia de la vida tradicional, identidad cultural y continuidad de la cosmovisión de los pueblos (Corte IDH, Kichwa de Sarayaku Vs.

Ecuador. 2009, párr.145.) cuando en ellos se lleve a cabo cualquier tipo de intervención como proyectos u otro tipo de medidas.

A propósito de la protección del medio ambiente y el debido aprovechamiento de los recursos naturales, el Derecho Internacional ha manifestado que los derechos de estos pueblos se encuentran sujetos a ciertas restricciones cuando los recursos del subsuelo son propiedad del Estado, ante lo cual se instituye a los gobiernos el deber de establecer y/o fortalecer procedimientos, que permitan consultar a los pueblos involucrados y determinar en qué medida se afectan sus intereses, antes de emprender programas de exploración y explotación de los recursos existentes en su territorio (Convenio 169,OIT, 1989, art. 15.2).

Conforme con lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional ha ordenado que la consulta previa no sólo debe aplicarse en casos de explotación de los recursos naturales existentes en los territorios de las comunidades étnicas; sino que dicha aplicación debe extenderse a todas las decisiones administrativas y legislativas que afecten o involucren los intereses de estas minorías, aún si las circunstancias son diferentes, a las señaladas en el artículo 330 de la Constitución Política y a lo regulado por la Ley 70 de 1993 (Corte Constitucional, Sentencia T-737,2005); por consiguiente, la consulta previa, como medio de participación debe aplicarse cuando:

- *“Se pretendan tomar medidas de naturaleza legislativa o administrativa las cuáles vayan a afectar en forma directa a las comunidades indígenas o pueblos afrodescendientes.*

- *Se vayan a ejecutar proyectos de prospección o explotación de recursos naturales dentro de territorios pertenecientes a los pueblos indígenas o de las comunidades afrodescendientes.*

- *Se vaya a determinar las áreas indígenas restringidas dentro de las zonas mineras indígenas.*
- *Busque trasladar o reubicar a pueblos indígenas o afrodescendientes de sus territorios tradicionales.*
- *En la ejecución y diseño de programas correspondientes a formación en el nivel profesional para estas comunidades.*
- *Se pretenda adoptar un menor de edad indígena.*
- *Se vayan a realizar investigaciones de acceso a recursos genéticos y de conocimiento tradicional (permisos de investigación científica).”(Revista Semillas No. 36/37, 2008.)*

Bajo esta perspectiva, y con base en la necesidad inminente de efectuar los procesos consultivos, se vislumbra la participación de actores fundamentales en tal proceso, pues de aquellos depende definir o impedir la implementación y ejecución de políticas públicas sociales y ambientales; en este orden de ideas, se puede distinguir a los siguientes actores:

- Las minorías étnicas (afrodescendientes e indígenas), quienes a través de este proceso, como se indicó líneas atrás, materializan el ejercicio de los derechos que garantizan su calidad de vida y protección del entorno de acuerdo con sus tradiciones.
- El Inversionista privado, quien está interesado en lucrarse económicamente, a partir de la explotación de los recursos naturales de los territorios de los pueblos indígenas y tribales, tiene el deber de adelantar el proceso consultivo de manera independiente y de asumir bajo su propio

riesgo los efectos del aval o la negación del mismo por parte de las comunidades.

- El gobierno, quien tiene a su cargo la implementación de políticas públicas en el manejo de los recursos naturales existentes en dichos territorios, debe cumplir con un doble rol: por una parte debe ser el garante de que el proceso consultivo se realice, y por otra debe proveer de estabilidad al inversionista para que ejecute el proyecto, pues a partir de éste, promueve en gran parte la sostenibilidad económica del país.

El Estado, actúa a través de diferentes instituciones como: el Ministerio del Interior y de Justicia, por medio de la Dirección de Etnias, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y Personeros Municipales, el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y las Corporaciones Autónomas Regionales.

Una vez reconocidos los participantes en el proceso consultivo y con el claro propósito de que sea asumido activamente por aquellos, es menester reconocer los criterios que el Derecho Internacional ha señalado para que la consulta previa se lleve a cabo:

- Debe estar revestida de buena fe, con procedimientos apropiados y a través de sus instituciones indígenas y tribales representativas, según sea el caso. (Convenio 169, OIT, 1989, art. 6)
- Debe realizarse a priori de tomar una medida que pueda afectar a la comunidad.

- Debe ser informada, entendida como la puesta en conocimiento de los beneficios y riesgos de la implementación de un determinado proyecto en la comunidad. (Corte IDH, Saramaka vs. Surinam, 2007, párr. 133).
- Debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos en los que se realice, es decir, *“la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación (...) compromete la responsabilidad internacional de los Estados”*. (Corte IDH, Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2009, párr.177).
- Tiene como finalidad llegar a una conciliación entre los partícipes, esto es, obtener el consentimiento de la comunidad (Convenio 169, OIT, 1989, art. 9)

iii. Ejercicio y alcance de la consulta previa en la protección del medio ambiente y en el reconocimiento de los derechos territoriales:

Considerando que el proceso consultivo suscita diversas controversias, es quizá sobre este punto en el más se ha insistido, puesto que la consulta previa no se constituye en un veto para el gobierno; en consecuencia, si una vez efectuado dicho procedimiento, las comunidades no aprueban la ejecución de un determinado proyecto, bastará que la decisión de la autoridad competente se fundamente de manera objetiva, y de acuerdo con criterios de proporcionalidad y razonabilidad para determinar si el mismo se desarrolla o no.

Es oportuno aclarar que debido a las ambigüedades que contiene el Decreto 1320 de 1998, hasta la fecha no se han establecido directrices claras sobre las repercusiones que acarrea el ejercicio de la consulta previa, a pesar de su trascendencia, no solo para los ciudadanos, sino también para el medio ambiente y

empero el intento del Gobierno por reglamentar de forma específica este derecho. Así las cosas, se puede afirmar que de acuerdo al tratamiento que ha realizado el Estado, la consulta previa es asimilada sobre la formalización de la información y la participación de los pueblos, más no sobre el carácter vinculante de sus determinaciones en la realización de los proyectos y planes adelantados en sus territorios.

Este es entonces, el panorama donde se desenvuelve la consulta previa: si bien es cierto que los organismos internacionales han aportado y avanzado no solo en el desarrollo teórico de la consulta, sino también en su efectivización, le corresponde al Estado colombiano, la implementación y aplicación a partir del tratamiento diferencial que el tema requiere, para de esta manera conciliar el interés de la sostenibilidad económica del país, el desarrollo sostenible y el bienestar de sus ciudadanos a través de la promoción y respeto de sus costumbres.

En este orden de ideas, para lograr los precitados fines, resulta de vital importancia el fortalecimiento de los canales permanentes de comunicación y de los escenarios de conciliación entre las comunidades étnicas y los inversionistas privados; en dichos espacios, además de respetar todas las garantías ya descritas a favor de las minorías, se debe proporcionar seguridad jurídica a las empresas que quieran adelantar proyectos en aquellos territorios. Por su parte, los inversionistas deben responsabilizarse de asumir y brindar mecanismos de reparación acordes con la forma y calidad de vida de los habitantes, en caso de que la ejecución de los proyectos altere el orden natural del territorio.

Lo anterior lleva a afirmar que es quizá la alteración al orden natural del territorio a la que se le debe prestar mayor importancia; pues es el medio ambiente el directamente afectado con las medidas y proyectos que en él se adelanten; por lo tanto, se propende que el Estado ejecute de manera proactiva políticas de desarrollo sostenible para la mejora continua de la calidad de vida de los ciudadanos de los

territorios afectados, para la preservación de la capacidad de la tierra para sustentar la vida en todas sus formas, para el respeto a la ley y a los derechos fundamentales.

4.4 CONCLUSIONES

- Se aprecia como la participación ciudadana adquiere mayor relevancia en la definición de políticas y en la ejecución de proyectos, en los cuales se ve involucrado el medio ambiente, de ahí que en aras de fortalecer la ejecución de este derecho, es necesario que las instituciones gubernamentales, los inversionistas y las comunidades, cuenten con mecanismos de acceso a la información y valoración de la misma, que permitan decidir de manera efectiva y acertada, en pro del desarrollo sostenible.
- La consulta previa es una manifestación especial del principio de igualdad frente a las cargas públicas, en la medida en que algunos Estados al tratar de privilegiar el bienestar general, condenan a ciertas comunidades a vivir una situación de desventaja que afecta sus derechos y creencias; en este sentido, la omisión de la consulta lesiona los derechos a la identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, en especial, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática como la colombiana.

4.5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Normativa:

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (3 de junio de 1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Congreso de Colombia (19 de diciembre de 1973) Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente. Ley 23 de 1973. DO: 41146.
- Congreso de Colombia (22 de diciembre de 1993). Ley 99 de 1993. DO: 41146.
- Congreso de Colombia (9 de noviembre de 1994). Ley 165 de 1994. DO: 41.589
- Constitución Política de Colombia. Const. (1991) 2da edición Legis.
- Estados americanos, (7-22 de noviembre de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos
- Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (7 de junio de 1989). Convenio 169.
- Organización de las Naciones Unidas (13 de septiembre de 2007) Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

- Presidente de Colombia (18 de diciembre de 1974). Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Decreto 2811 de 1974. DO: 34243

Jurisprudencia:

- Corte constitucional (3 de febrero de 1997) Sentencia SU-039 de 1997 MP Antonio Barrera Carbonell
- Corte Constitucional (14 de julio de 2005) Sentencia T-737 de 2005. M.P Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (10 de mayo de 2007) Pueblo Saramaka vs. Surinam.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (18 de diciembre de 2009) Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.

Documental:

- Londoño, B. & Rojas, M (2000) Hacia la construcción de una gestión ambiental participativa. Bogotá- Colombia.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2013). Voces y Palabras Mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Bogotá-Colombia

Direcciones electrónicas:

- Revista Semillas No. 36/37 (21 de octubre de 2008) La consulta previa en proyectos desarrollados en territorios indígenas y afrocolombianos.
<http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=l1----&x=20156105>

5. LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: COMENTARIOS CRÍTICOS A LA SENTENCIA C-028 DE 2006.

Álvaro Alfonso Patiño Yepes³⁵

Raúl Montezuma Enríquez³⁶

RESUMEN

El presente escrito hace un breve recorrido por el origen constitucional del Ministerio Público en Colombia, así como por sus funciones, en especial la de sancionar disciplinariamente con inhabilidad para el ejercicio de la función pública; lo anterior, ello con el fin de contextualizar la sentencia C-028 de 2006, en la que La Corte Constitucional Colombiana, hace un test de constitucionalidad frente al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dicha sentencia concluye con la constitucionalidad de la función sancionatoria en comento, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación; en esta sentencia, de acuerdo con los autores de la presente investigación se hace un juicio erróneo que conduce al desconocimiento del carácter del derecho humano y fundamental del ejercicio de funciones públicas y, en especial al cuidado con que se debe manejar sus restricciones.

Al generar cosa juzgada material, la función sancionatoria presenta problemas con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁵ Abogado, docente investigador del Grupo de Investigaciones “Saber Socio-jurídico” del Programa de Derecho de la Universidad Mariana. Correo electrónico: apatino@umariana.edu.co.

³⁶ Abogado docente investigador del Grupo de Investigaciones “Saber Socio-jurídico” del Programa de Derecho de la Universidad Mariana. Correo electrónico: rmontezuma@umariana.edu.co.

PALABRAS CLAVE:

Inhabilidad para ejercer función pública, sentencia C- 028 de 2006 Colombia, restricción al ejercicio de derechos políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos

ABSTRACT

THE PUNISHMENT OF THE GENERAL PROCURATORY OF THE NATION FOR THE EXERCISE OF THE PUBLIC FUNCTION: CRITICAL COMMENTS ON THE SENTENCE C-028 OF 2006.

The present paper makes a brief tour of the constitutional origin of the Public Ministry in Colombia and its functions, in particular the disciplinary sanction with the inability to perform the public function, in order to contextualize Judgment C-028 of 2006, in which the Colombian Constitutional Court makes a constitutionality test against Article 23 of the American Convention on Human Rights.

The sentence concludes with the constitutionality of the sanctioning function in question, headed by the General Procuratory of the Nation. According to the authors of the present investigation, there is an erroneous judgment that leads to the lack of knowledge of the human and fundamental right of the exercise of public functions and, especially, the care with which its restrictions must be handled.

In generating material res judicata, the sanctioning function presents problems with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

KEY WORDS:

Inability to exercise public function, Case C- 028 2006 Colombia, restriction on the exercise of political rights, American Convention on Human Rights

5.1 INTRODUCCIÓN

El presente escrito es un avance de la investigación dirigida por los profesores arriba mencionados y financiada por la Universidad Mariana, titulada “El control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad en Colombia a partir de un estudio de caso: destitución del alcalde mayor de Bogotá D.C. Gustavo Francisco Petro Urrego”.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la potestad sancionatoria del Ministerio Público, procederá cuando se dé como resultado de un proceso penal. Esta es considerada una limitante y se pone en discusión porque puede llegar a la inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas.

Por la importancia que tiene lo dicho, con relación al caso objeto de estudio, así como para el mismo ordenamiento jurídico, se proponen una serie de comentarios con respecto a la sentencia C-028 de 2006, que declaró ajustada a la Carta Política dicha función, desconociendo la Convención Americana.

5.2 METODOLOGÍA

Para la investigación ya referenciada se utilizó el paradigma cualitativo, con un enfoque histórico-hermenéutico, de carácter documental descriptivo.

5.3 DESARROLLO DEL AVANCE

La potestad sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación en la historia constitucional colombiana.

En la actualidad, la Procuraduría General de la Nación (en adelante la Procuraduría) hace parte del órgano de control llamado Ministerio Público; la aparición de éste puede ser rastreada desde los orígenes de nuestro sistema constitucional.

En efecto, la Constitución de la República de Colombia de 1830 dedicó su título VII – poder ejecutivo- , sección IV al Ministerio Público, que hacía parte del ejecutivo, en cabeza del Procurador General de la Nación (en adelante, el Procurador), con el fin de “(...) defender ante los tribunales i juzgados la observancia de las leyes i promover ante cualesquiera autoridades, asi civiles como militares i eclesiásticas, los intereses nacionales i cuanto concierna al orden público”. (Congreso Constituyente, 1830, Art. 100).

En este contexto, apareció una ley del 11 de mayo de 1830, que organiza el Ministerio Público, en la que expresa sus funciones son:

(...) defender los intereses del Estado, promover la ejecucion y cumplimiento de las leyes, disposiciones del gobierno i sentencias de los tribunales, de supervigilar la conducta oficial de los funcionarios i empleados públicos; de perseguir los crímenes, delitos o contravenciones que turban el orden social (Congreso Constituyente, 1830, Art. 1).

Como se puede apreciar, desde este mandato legal ya se concebía al Ministerio Público, liderado por el Procurador General³⁷, como un vigilante del correcto

³⁷ El artículo 3 de esta ley mencionaba que el Ministerio Público estaba conformado por “(...) el procurador jeneral ; los procuradores jenerales del departamento; los procuradores de provincia; los

desempeño de la función pública. Además, la ley estableció, entre otras, la función de concurrir al Consejo de Estado para la discusión de proyectos de ley que el ejecutivo debía presentar al Congreso (Art. 8), también debía ser parte cuando se juzgue al Presidente y Vicepresidente de la república por delitos comunes. (Art. 12). Llama la atención, el artículo 13 que prescribía:

Cuando el procurador jeneral de la nacion advierta que alguno de los ministros, consejeros de estado, ó magistrados de la alta corte de justicia, no concurren asiduamente a servir sus destinos, ó que se ausenten sin permiso, ó que de cualquier otra manera falten al desempeño de sus funciones, o compromentan la dignidad de su carácter, les requerirá privada i urbanamente, i sino bastare esta reconvención, procederá oficialmente á instruir el recurso que corresponda. (Congreso Constituyente, 1830).

En las constituciones de 1832 y de 1843, desaparecieron³⁸el Ministerio Público y la figura del Procurador General; se tuvo que esperar a la Constitución de la Nueva Granada de 1853, para que aparezca nuevamente el Procurador General, pero no se mencionó al Ministerio Público.

En esta constitución, el Procurador General era elegido por voto popular (Art. 13) y una de sus funciones era informar al poder ejecutivo para que vele por la administración pronta y cumplida de la justicia (Art. 34.9), además de formar el Consejo de Gobierno (Art. 36). Finalmente, cabe resaltar que: “El procurador jeneral de la nación durará en su destino cuatro años; pudiendo ser reelecto; i llevará ante la Corte Suprema la voz de la República, en todos los casos en que sea parte conforme a la lei”. (Congreso de la Nueva Granada, 1853, Art. 45).

síndicos personeros del común; i los agentes de policía; todos con las atribuciones que respectivamente les asigne esta lei” (Congreso Constituyente, 1830. Art. 2)

³⁸ “Sin embargo, en aquel lapso de 1832 a 1853, fueron expedidas las Leyes sobre fiscales de la Suprema Corte, fiscales de tribunales de distrito, y agentes fiscales, a los cuales prácticamente se encomendaron las funciones del Ministerio Público. Pero se trataba de unos fiscales que no estaban organizados dentro de un verdadero cuerpo de agentes del Ministerio Público, porque les faltaba su jefe y la dirección del Procurador General de la Nación.” (Procuraduría General de la Nación, 2011)

La Constitución de la Confederación Granadina (1858), innovó que en adelante “el Ministerio público será ejercido por la Cámara de Representantes, por un funcionario denominado «Procurador jeneral de la Nacion,» i por los demás funcionarios a quienes la lei atribuya esta facultad”. (Congreso de la Nueva Granada, 1858, Art. 55).

Entre las funciones atribuidas al Procurador General, están: (i) poder participar en las dicusiones del Congreso (Art. 24); (ii) presentar proyectos de ley (Art. 339); (iii) presentar las acusaciones ante el Senado para el juzgamiento de altos funcionarios (Art. 54).

En 1863 se expidió la Constitución de los Estados Unidos de Colombia, que siguió el derrotero trazado por la Constitución de 1858, al expresar que el Ministerio Público está bajo la dirección de la Cámara de Representantes, dirigida por el Procurador General (Art. 73). Ahora bien, las funciones constitucionales del Ministerio Público, al tenor del artículo 74 son: (i) Vigilar el desempeño cumplido de los deberes asignados a todos los funcionarios públicos; (ii) acusar ya sea ante el Senado o a la Corte Suprema Federal a los altos dignatarios; y (iii) las demás que la ley le asigne.

Con lo anteriormente expresado, se llega a la Constitución de 1886 que estableció que el Ministerio Público está bajo la dirección del Gobierno nacional y conformado por el Procurador General, Fiscales de los Tribunales de Distrito y otros funcionarios a quien la ley les asigne dichas funciones (Art. 142); se agrega que a ellos les corresponde “(...) defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social” (Consejo Nacional de Delegatarios, 1886, Art. 143).

Por su parte, el artículo 145 estableció que el Procurador General tendría las siguientes funciones: (i) Vigilar el desempeño cumplido de los deberes de todos los funcionarios públicos; (ii) acusar ante la Corte Suprema de Justicia a los altos dignatarios del Estado; (iii) vigilar a los demás funcionarios que conforman el Ministerio Público; (iv) hacer los nombramientos de su dependencia, (v) más las funciones que la ley le asigne.

Más adelante, esta Constitución fue objeto de reformas, las realizadas en los años 1945 y 1947 son de interés para este trabajo:

Las reformas constitucionales de 1945 y 1947 fueron un verdadero avance para la jerarquía institucional del Procurador y de los fiscales, porque se dispuso que los agentes del Ministerio Público tuvieran la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los magistrados y jueces ante quienes ejercieran el cargo. Además, el Procurador dejó de ser nombrado directamente por el Presidente de la República; en su elección participa la Cámara de Representantes, que lo escoge de una terna elaborada por el primer mandatario. (Procuraduría General de la Nación, 2011)

Ahora bien, con la expedición del Decreto ley 1 de 1984, que reformó el Código Contencioso Administrativo, se definió los deberes y derechos del Ministerio Público. En efecto, en su artículo 75 se consagró que “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución Política, corresponderá a los funcionarios del Ministerio Público velar por el ejercicio y la efectividad del derecho de petición” (Presidencia de la República, 1984).

Además de ello, reglamentó que los personeros municipales, como parte del Ministerio Público, tenían a su cargo las siguientes funciones: (i) informar lo necesario para formular peticiones; (ii) redactar una petición, cuando el ciudadano no pueda hacerlo; (iii) “recibir y hacer tramitar las peticiones o recursos que las autoridades, por cualquier motivo, no hayan querido recibir”; (iv) tomar las medidas disciplinarias frente a los funcionarios públicos que hagan nugatoria el ejercicio del

derecho de petición; (v) vigilar el cobro de las tarifas de servicios públicos, asegurando el trámite de reclamos y recursos.

Igualmente, en 1994 aparece la Ley 4, “Por la cual se reorganiza la Procuraduría General de la Nación, se asignan funciones a sus dependencias y se dictan otras disposiciones”. Para el presente avance de ella se destacará el artículo 2 que regula las funciones del Procurador General entre las que se encuentran:

- a) Defender los bienes e intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social;
 - b) Acusar ante la Corte Suprema de Justicia a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponda a esta Corporación;
 - c) Cuidar que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su cargo y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan;
 - d) Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia;
 - (...)
 - i) Presentar denuncias y quejas ante la Cámara de Representantes contra los funcionarios de que trata el artículo 102-4 de la Constitución Nacional;
 - j) Rendir anualmente al Presidente de la República un informe escrito sobre las labores cumplidas por el Despacho a su cargo;
 - (...)
 - ñ) Ejercer las demás funciones que le atribuya la Constitución y la ley.
- (Congreso de la República, 1990)

Adicionalmente, a través de esta ley se “fortalece la Oficina de Investigaciones Especiales y especializa sus recursos humanos en la instrucción de los casos que atenten contra la moralidad administrativa, la administración y el orden públicos, y los derechos humanos”. (Procuraduría General de la Nación, 2011)

En el año 1991, la Asamblea Nacional Constituyente modificó substancialmente el carácter orgánico del Ministerio Público; en efecto, en su título

V -de la organización del Estado-, capítulo 1 -de la estructura del Estado- establece que, ahora, el Ministerio Público es un órgano de control (Art. 117):

(...) ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991. Art. 118)

Y en concordancia con ello le asignó las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Art. 277).

Para este nuevo diseño institucional, el legislativo expide la Ley 201 de 1995, que expresa:

La Procuraduría General de la Nación es el máximo organismo del Ministerio Público, tiene autonomía administrativa, financiera, presupuestal y técnica y ejerce sus funciones de órgano de control bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación, quien la representa ante las autoridades del poder público y los particulares. (Congreso de la República, 1995, Art. 1).

Esta norma es modificada por el Decreto ley 262 de 2000; que, entre otras, autoriza la creación de la sala disciplinaria y le asigna las siguientes funciones:

1. Conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios que adelanten en primera los procuradores delegados y el Veedor, salvo los que sean de competencia del Viceprocurador General de la Nación, cuando lo delegue el Procurador General.
También conocerá en segunda instancia de las decisiones proferidas por las comisiones especiales o el funcionario designado, cuando el Procurador General o el Viceprocurador sea el superior funcional.
2. Revocar, de oficio o a solicitud de parte, sus propios actos y los actos de naturaleza disciplinaria expedidos por los procuradores delegados y el Veedor, cuando sea procedente de acuerdo con la ley.
3. Registrar y mantener actualizada la información sobre las actuaciones disciplinarias de su competencia.
4. Conocer y resolver los impedimentos manifestados por los funcionarios adscritos a la sala disciplinaria y por los procuradores delegados, en materia disciplinaria, así como las recusaciones que contra los mismos se formulen.
5. Dirimir los conflictos de competencia que en materia disciplinaria se susciten entre procuradores delegados.
6. Las demás que le asigne o delegue el Procurador General de la Nación o el Viceprocurador General. (Presidencia de la República, 2000, Art. 22)

Finalmente, con relación a la potestad sancionatoria disciplinaria de la Procuraduría General, se encuentra el Código Disciplinario Único, gestionado inicialmente por la Ley 200 de 1995 y posteriormente por la Ley 734 de 2002. Estas dos normas consagraron que la potestad disciplinaria recae sobre el Estado y que la acción disciplinaria está es responsabilidad de la Procuraduría General de la Nación. Igualmente, tipifica las conductas y sanciones sobre las cuales se ejerce dicha potestad disciplinaria.

La Ley 200, estableció como sanción principal la destitución (Art. 29, N° 4) y adicionalmente la inhabilidad, en los siguientes términos:

1. Las inhabilidades para ejercer funciones públicas en la forma y términos consagradas en la Ley 190 de 1995.

Parágrafo. En aquellos casos en que la conducta haya originado sanción penal la inhabilidad procede siempre y cuando no hubiere sido impuesta en el respectivo proceso, igualmente como consecuencia de faltas graves o gravísimas.

En los casos en que la sanción principal comporte inhabilidad, en el mismo fallo se deberá determinar el tiempo durante el cual el servidor público sancionado queda inhabilitado para ejercer cargos públicos. En firme la decisión, tendrá efectos inmediatos.

Cuando el servidor público sancionado preste servicios en otra entidad oficial, deberá comunicarse al representante legal de ésta para que proceda a hacer efectiva la inhabilidad. (Congreso de la República, 1995)

Por su parte, la actual norma disciplinaria estableció en su artículo 44, numeral 1, como sanción la “destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima”, lo que implica:

- a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o
- b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o
- c) La terminación del contrato de trabajo, y
- d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera. (Congreso de la República, 2002, Art. 45, N° 1)

El contenido de la sentencia C-028 de 2006.

La mencionada sentencia fue el resultado de la acción pública de constitucionalidad presentada por los ciudadanos Juan Fernando Reyes Kuri, Carlos Fernando Motoa Solarte y Nicolás Orejuela Botero, quienes demandaron la constitucionalidad del numeral 1, del artículo 44, el literal d) del artículo 45 y el inciso 1 del artículo 46 de la Ley 734 de 2002.

Dichas normas expresan:

ARTÍCULO 44. *CLASES DE SANCIONES*. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

(...)

ARTÍCULO 45. *DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES*.

1. La destitución e inhabilidad general implica:

(...)

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

ARTÍCULO 46. *LÍMITE DE LAS SANCIONES*. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

(...)

Para los accionantes la inhabilidad para ejercer un cargo público, producto del proceso disciplinario, es atentatorio de los derechos a la igualdad (Art. 13), al ejercicio de los derechos políticos (Art. 40) y al bloque de constitucionalidad (Art. 93), así como del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). Así las cosas, los demandantes:

(...) aseguran que las normas que se impugnan, al imponer una limitación a los derechos políticos distinta a la que se deriva de una condena en un proceso penal, se traducen en una clara infracción al artículo 93 de la Carta Política y al derecho a acceder al ejercicio de la función pública, consagrado en el artículo 40 constitucional, así como al principio de igualdad, al tenor de lo estipulado en el artículo 13 de la Carta Fundamental (Corte Constitucional, 2006, título III, párr. 3).

Al conocer del asunto, la Corte Constitucional estableció cinco problemas jurídicos que debía resolver: (i) si los cargos relacionados con el artículo 14 son suficientes para hacer el juicio de constitucionalidad; (ii) si existe cosa juzgada constitucional con respecto al inciso primero del artículo 46 a partir de la sentencia C-948 de 2002; (iii) igual problema con respecto al artículo 44 en relación con la

sentencia C-124 de 2003; (iv) si la inhabilidad para el ejercicio de la función pública atenta contra el bloque de constitucionalidad al contrariar el artículo 23 de la Convención Americana; (v) si dicha inhabilidad viola el artículo 40 constitucional.

El primer problema fue resuelto al expresar que los argumentos esgrimidos eran insuficientes para hacer el juicio de constitucionalidad, en el caso del segundo interrogante, este se respondió de manera positiva. En lo relacionado con el tercer problema, la Corte manifestó que no hay cosa juzgada y por ende pasa al estudio de los siguientes problemas que son en realidad los que interesan en el presente estudio.

Lo primero que hace el máximo tribunal de lo contencioso es referirse a la potestad disciplinaria, derivada del *ius puniendi* estatal y razona que la misma tiene una naturaleza constitucional derivada de los artículos 6³⁹, 122⁴⁰, 123⁴¹, 124⁴², 125⁴³ y 209⁴⁴. Concluye la Corte diciendo:

Así las cosas, debe afirmarse que el derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su

³⁹ “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

⁴⁰ “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Inc. 1).

⁴¹ “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Inc. 2).

⁴² “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

⁴³ “El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Inc. 3)

⁴⁴ “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

cargo, cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” a que hace referencia la norma constitucional (Corte Constitucional, 2006, N° 6.1, párr. 17)

Ahora es oportuno mencionar que el tribunal constitucional colombiano analizó la facultad legislativa para establecer el régimen de inhabilidades; aquí la Corte argumentó que no hay ningún derecho fundamental absoluto y por ende el legislador es el llamado a limitarlo, tal como ocurre en el caso *sub examen*, con respecto al derecho político de acceder a la función pública, cuyas limitaciones

(...) se justifican esencialmente en la consecución de la prevalencia del interés general y de los principios que deben orientar el cumplimiento de la función pública, se reitera, todo ello en aras a la consecución de los fines estatales y de la transparencia y probidad de quienes ejercen la función pública, por ello no podría decirse que con las normas acusadas se afectan dicho derecho, en la medida en que dicha restricción se encuentra justificada. (Corte Constitucional, 2006, N° 6.3, párr. 4)

Avanzando en el tiempo, ahora la Corte pasa a estudiar cómo se debe interpretar los tratados internacionales, dadas sus particularidades; resalta, entonces, que en la actualidad se ha dado por utilizar criterios de interpretación sistemáticos y teleológicos, por parte de los jueces, de los mismos vale decir que:

En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público (Corte Constitucional, 2006, N° 6.4, párr. 5).

Lo anterior es importante, en la medida en que el tribunal constitucional utilizará este criterio hermenéutico para analizar el cargo de violación al bloque de constitucionalidad y, de manera más precisa, al artículo 23 de la Convención Americana, que en materia de derechos políticos expresa lo siguiente:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (OEA, 1969).

La Corte encuentra dificultad en la existencia de tratados internacionales, vinculantes para Colombia, como la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en las que se insta a los Estados parte a tomar todas las medidas – incluyendo las disciplinarias administrativas- para luchar contra este fenómeno. La Corte colige que es problemático, en la medida en que riñen con lo preceptuado en el numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana.

Aquí es donde entra en escena la interpretación sistemática a la que acude nuestro tribunal constitucional, para lograr una coherencia entre ellos; el resultado de tal interpretación es:

(...) la Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador. (Corte Constitucional, 2006, 6.4, párr. 11)

Finalmente, y en lo que respecta al bloque de constitucionalidad, la Corte acude de nuevo al criterio sistemático, para generar una armonía entre el derecho internacional y el doméstico. Para el caso concreto, si bien es cierto que la Convención Americana hace parte del bloque de constitucionalidad, lo es menos que no por ello los preceptos de ella estén por encima de la Carta Política. Dice la Corte: “En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución” (Corte Constitucional, 2006, N° 6.5, párr. 6).

Concluye, entonces la Corte Constitucional diciendo:

En el caso concreto, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como se ha explicado, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción (Corte Constitucional, 2006, N° 6.5, párr. 7).

Por último, frente al cargo de violación estipulado en el artículo 40 -derechos políticos-, este queda desvirtuado en la medida en que se considera que el legislador tiene:

(...) un amplio margen de configuración normativa para establecer el régimen de inhabilidades de quienes aspiran a la función pública, por lo que la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad, así como el tiempo de duración de las mismas, son competencia de aquél y objeto de una potestad discrecional amplia, pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos, como lo es precisamente aquel de acceso a cargos públicos. (Corte Constitucional, 2006, N° 7, párr. 2).

Por todo ello, la Corte declara la exequibilidad de las normas demandadas.

Comentarios a los argumentos de la sentencia C-028 de 2006

A juicio de los investigadores del presente avance, la decisión adoptada por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-028 de 2006, no es correcta en términos de las obligaciones internacionales del Estado, a la luz de la Convención Americana; es más, su argumentación tiene algunos problemas, pareciendo que dicha corporación hace un esfuerzo hermenéutico para dejar incólume la potestad sancionatoria frente a ejercicio de la función pública.

Ahora bien, la atención se centrará en los siguientes puntos, que no se consideraron en la sentencia en comento: (i) la interpretación sistemática que hace la Corte de la Convención Americana, (ii) el carácter de derecho humano y fundamental del ejercicio de la función pública y su restricción, y (iii) las obligaciones internacionales del Estado colombiano y su relación con el bloque de constitucionalidad.

(i) La interpretación sistemática de la Convención Americana.

Como se recordará, la Corte Constitucional argumentó que el artículo 23 de la Convención Americana no podía interpretarse de manera aislada sino con otros instrumentos internacionales, como las convenciones de la lucha contra la corrupción de Naciones Unidas y del sistema interamericano. A partir de lo anterior, esta corporación concluye que la regla de la Convención Americana (que preceptúa que solamente mediante proceso penal se puede privar de los derechos políticos), es relativa en la medida en que los otros instrumentos obligan al Estado a tomar todo tipo de medidas -incluyendo las administrativas- para sancionar a los responsables de corrupción.

La Convención Americana es un tratado internacional que pertenece al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos; pero esto no implica que su interpretación sea ajena a los criterios fijados en la Convención de Viena:

Los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse según las reglas generales de interpretación establecidas por la Convención de Viena, por lo que aquéllos han de interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente de sus términos, teniendo en cuenta su contexto, su objeto y fin (Aguirre, 2007, pág. 79).

Entonces, la Convención de Viena, sobre derecho de los tratados, dispone en el tema de interpretación⁴⁵:

31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos

⁴⁵ “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, consagra los siguientes criterios objetivos de interpretación de un tratado internacional: a) un tratado debe interpretarse de buena fe; b) un tratado debe interpretarse conforme al sentido corriente que tienen sus términos (interpretación gramatical semántica); c) un tratado debe interpretarse tomando en cuenta su contexto (interpretación gramatical sintáctica e interpretación sistemática); y d) un tratado debe interpretarse considerando su objeto y fin (interpretación teleológica o finalista)” (Aguirre, 2007, pág. 75).

preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
 - b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.
- (Naciones Unidas, 1969)

En este orden de ideas, el artículo 23 de la Convención Americana debió interpretarse en el sentido corriente ya que no ofrece ambigüedad; la obligación internacional del Estado es clara: solamente a través de un proceso penal se debe privar a los ciudadanos del ejercicio de derechos políticos, en este caso de ejercer la función pública. Dada esa claridad no había porqué acudir a una interpretación sistemática.

Ahora bien, si se utilizó una interpretación sistemática, en aras de la discusión y para mantener la coherencia de las obligaciones internacionales de Colombia, la Corte Constitucional se equivocó al dar lectura de un tratado de derechos humanos en clave, refiriéndose a unos que en estricto sentido no corresponden al derecho internacional de los derechos humanos; es decir, la interpretación sistemática debe predicarse de instrumentos internacionales de idéntico *telos*⁴⁶.

(ii) El carácter de derecho humano y fundamental del ejercicio de la función pública y su restricción.

⁴⁶ “De conformidad con la jurisprudencia de la Corte [Interamericana], las características que distinguen a los tratados sobre derechos humanos, entre los cuales se incluye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son: a) se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano); b) están dotados de mecanismos específicos de supervisión; c) se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva; d) consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo; e) tienen una naturaleza especial, que los diferencia de los demás tratados, los que regulan intereses recíprocos entre los Estados Partes; y f) su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de la nacionalidad de éstos, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes” (Aguirre, 2007, pág. 78).

Sin lugar a dudas el derecho político para ejercer la función pública es un derecho humano⁴⁷, de suma importancia para un sistema democrático:

Los derechos políticos gozan, pues, de principal importancia y protagonismo dentro de un Estado democrático, ya que sin ellos, o con ellos pero altamente restringidos, el resto de derechos no tendría un verdadero sustento y su goce se vería bastante limitado; son los derechos que garantizan que los ciudadanos puedan participar en la vida política del país. (Reyes, 2009, pág. 155)

Así como lo resaltó el tribunal constitucional en la sentencia objeto de estudio, los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones, pero éstas deben ser dadas por el legislador y ser interpretadas de manera restrictiva, puesto que lo que interesa es que su goce sea efectivo; de esta manera, la idea de núcleo esencial: “Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (Corte Constitucional, 1992, N° 3.2. párr. 3).

Evidentemente, la capacidad de sancionar, con la inhabilidad para el ejercicio de la función pública, se torna en una limitación que afecta el núcleo esencial de este derecho político. Es por lo expuesto, que la Convención Americana regla que sea a través de un proceso penal -que es por antonomasia el que más garantiza- que se dé tal sanción, máxime si se tiene presente que es uno de los derechos que no es susceptible de suspensión en estados de excepción.

Así las cosas, y si se tuviese que escoger entre las obligaciones emanadas de la Convención Americana y las derivadas de los tratados sobre lucha contra la corrupción, por lo expresado *ut supra*, se debió acoger la primera por ser la opción más favorable y que ofrece más garantía; es decir, se debió utilizar el criterio *pro homine* o *pro personae*.

⁴⁷ Al respecto pude señalarse el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(iii) *Las obligaciones internacionales del Estado colombiano y su relación con el bloque de constitucionalidad*

Como ya se mencionó, la Convención Americana hace parte del bloque de constitucionalidad, el cual:

(...) está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*. (Corte Constitucional, 1995, N° 12)⁴⁸

Al tenor del artículo 93 constitucional, las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en estricto sentido, sirven como parámetro de constitucionalidad y criterio hermenéutico de los derechos consagrados en la Carta Política⁴⁹. En este sentido, y con base a lo ya expresado, se debió hacer un juicio de constitucionalidad a partir de la obligación internacional del artículo 23 de la Convención Americana; aquí es necesario citar al profesor Juan Fernando Reyes (2009) que enfáticamente expresa: “Los derechos en general, pero sobre todo los derechos políticos, no pueden ser limitados irrazonable y desproporcionadamente y tanto menos por motivos diferentes de los consagrados en el derecho internacional” (pág. 157).

⁴⁸ “Dado que la amplitud del concepto encierra una serie de normas, es importante indicar, que al menos en lo que corresponde al Bloque *strictu sensu*, hasta ahora la Corte ha considerado que hacen parte, una serie de derechos contenidos en instrumentos que en su mayoría, cumplen con los requisitos formales establecidos en la Carta, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los tratados de la ONU en materia de Derechos Humanos” (Fajardo, 2007, pág. 22).

⁴⁹ El profesor Fajardo (2007) expresa que “(...) para que opere el Bloque de Constitucionalidad vía interpretación, es necesario que el derecho humano tenga su par en la Constitución” (pág. 20)

Empero ello y frente al caso que nos ocupa:

(...) la Corte ha manifestado que los tratados de derechos humanos deben ser interpretados “sistemática y teleológicamente” con la Constitución colombiana y, además, con otros tratados internacionales que guarden relación con la materia objeto de interpretación, pero que de ninguna manera dichos tratados pueden estar por encima del orden interno, a pesar de la expresa voluntad del constituyente manifestada en el inciso primero del artículo 93 de la Carta. En nuestro criterio, el máximo órgano constitucional colombiano incluye esta nueva teoría para no declarar inconstitucionales, tal vez por razones políticas, algunas leyes que son abiertamente contrarias al bloque, normas a las que nos referiremos más adelante. Además, con dicha teoría difícilmente se logra darle aplicación al principio de favorabilidad referido. (Reyes, 2009, pág. 152).

5.4 CONCLUSIONES

- Históricamente, el Ministerio Público ha sido el encargado de vigilar el cabal cumplimiento de la función administrativa, en consecuencia, paulatinamente se le fue otorgando una potestad sancionatoria, liderada por la Procuraduría General de la Nación, institución que actualmente tiene arraigo constitucional.
- De manera que, declarar la inconstitucionalidad de la facultad de inhabilitar el acceso y ejercicio de la función pública, era demasiado costoso en términos político institucionales; por ello, la Corte acude a la problemática interpretación sistemática de los tratados internacionales.
- Este fallo, causa problemas, ejemplo de esto se puede apreciar en la reciente sentencia C-500 de 2014, que al analizar este mismo asunto pero en términos del control de convencionalidad, expresó que había cosa juzgada formal y no admitió reabrir la discusión.

- En efecto, en el caso mencionado, López Mendoza vs. Venezuela del 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) se pronunció sobre el alcance del artículo 23 de la Convención Americana.
- El caso en cuestión tiene que ver con la inhabilidad general con la que se sancionó a Leopoldo López Mendoza, por parte de la Contraloría General de la República en dos procesos administrativos. Al resolver el caso la Corte IDH manifiesta que éste:

(...) debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo. (Corte IDH, 2011, párr. 106)
- Lo anterior ratifica lo propuesto en el presente artículo, cuando se argumenta que no hay necesidad de ningún tipo de interpretación más allá del ordinario para con el artículo 23 de la Convención Americana; por lo tanto, la Corte IDH, encuentra responsable a Venezuela de la violación de tal precepto. La Corte dice:

El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. (párr. 107)

- Es importante anotar, que en materia de reparaciones y como garantía de no repetición, el tribunal interamericano ordenó a Venezuela adecuar la normatividad, que permite la inhabilidad general por vía administrativa, al criterio de la Convención Americana, expuesto en la sentencia en comento; sobre el particular la Corte manifiesta:

En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (supra párr. 225), con base en el control de convencionalidad⁵⁰, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso (párr. 228)

- Lo anteriormente expuesto, no permite concluir que la Corte Constitucional colombiana, renunció a realizar el control de convencionalidad frente a la posibilidad de la inhabilidad para el ejercicio de la función pública, en detrimento de un derecho humano fundamental, en aras de mantener tal facultad en cabeza del Ministerio Público.

5.5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguirre, J. (julio-diciembre de 2007). La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista de Derechos Humanos*, V(8), 73-97.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado el 26 de marzo de 2016, de

⁵⁰ Recuérdese que el control de convencionalidad tiene las siguientes características: “a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública” (Corte IDH, S.F., pág. 6)

alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Congreso Constituyente. (10 de mayo de 1830). *Constitución de la República de Colombia*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de banrep:
<http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/brblaa168140.pdf>

Congreso Constituyente. (11 de mayo de 1830). *Ley*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de banrep:
<http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll10/id/602>

Congreso de la Nueva Granada. (21 de mayo de 1853). *Constitución Política de la Nueva Granada*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de banrep:
<http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll10/id/642>

Congreso de la Nueva Granada. (22 de mayo de 1858). *Constitución Política de la Confederación Granadina*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de banrep:
<http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/92362/brblaa170498.pdf>

Congreso de la República. (5 de enero de 1990). *Ley 4. Por la cual se reorganiza la Procuraduría General de la Nación, se asignan funciones a sus dependencias y se dictan otras disposiciones*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de
<http://www.icbf.gov.co/>:
http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0004_1990.htm

Congreso de la República. (28 de julio de 1995). *Ley 200. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Recuperado el 9 de abril de 2016, de alcaldiabogota.gov.co:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=318>

Congreso de la República. (28 de julio de 1995). *Ley 201. Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de
alcaldiabogota.gov.co:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14812>

Congreso de la República. (13 de febrero de 2002). *Ley 734. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Recuperado el 9 de abril de 2016, de
secretariasenado.gov.co:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html#1

Consejo Nacional de Delegatarios. (5 de agosto de 1886). *Constitución de 1886*.
Recuperado el 25 de marzo de 2016, de alcaldiabogota.gov.co/sisjur:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#14>

- Convención Nacional. (8 de mayo de 1863). *Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de banrep:
<http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll10/id/643>
- Corte Constitucional. (17 de junio de 1992). *Sentencia T-411*. Recuperado el 4 de abril de 2016, de corteconstitucional.gov.co:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm>
- Corte Constitucional. (26 de enero de 2006). *Sentencia C-028*. Recuperado el 26 de marzo de 2016, de corteconstitucional.gov.co:
<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm>
- Corte IDH. (1 de septiembre de 2011). *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Recuperado el 5 de abril de 2016, de <http://corteidh.or.cr/>:
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf
- Corte IDH. (S.F.). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de Convencionalidad*. (C. Nash, Ed.) San José, Costa Rica: Corte IDH.
- Fajardo, L. A. (julio-diciembre de 2007). Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar*, 13, 15-34.
- Naciones Unidas. (23 de mayo de 1969). *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. Recuperado el 3 de abril de 2016, de ilo.org:
http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/51_vienna_conv.pdf
- OEA. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado el 26 de marzo de 2016, de oas.org:
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Presidencia de la República. (2 de enero de 1984). *Decreto 01. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de alcaldiabogota.gov.co:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6543>
- Presidencia de la República. (22 de febrero de 2000). *Decreto 262. Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General*. Recuperado el 26 de marzo de 2016, de procuraduria.gov.co:
<http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/D-262-00.htm>

Procuraduría General de la Nación. (10 de mayo de 2011). *Historia*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de [procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co):
http://www.procuraduria.gov.co/portal/infoinst_historia_1832-1857.page

Reyes, J. (diciembre de 2009). La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia. *Derecho de Estado*(23), 147-173.

6. EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL EN EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES ELECTORALES

Gabriel Pantoja Narváez 51

RESUMEN

La estructura del régimen político colombiano, en materia de inhabilidades por parte de candidatos que se someten al proceso electoral, comprende un escenario donde la Constitución de 1991 ha creado un nuevo poder público denominado el poder electoral. A este cuerpo colegiado denominado Consejo Nacional Electoral se le ha atribuido entre la pluralidad de sus funciones, la de absolver las consultas en materia electoral. El estudio alude al comportamiento del C.N.E en materia de conceptos en el régimen de inhabilidades proferidos entre los años 2011 y 2013.

Palabras Clave

Consejo Nacional Electoral – Inhabilidades – Conceptos – Consultas – Proceso Electoral

ABSTRACT

THE NATIONAL ELECTORAL COUNCIL IN THE ELECTORAL DISABILITY SCHEME

The structure of the Colombian political regime, in terms of disability by candidates who undergo the electoral process, includes a scenario where the 1991 Constitution has created a new public power called the electoral power. This collegial body called the National Electoral Council (CNE) has been attributed, among its innumerable

⁵¹ Abogado, especialista en Derecho Constitucional, Master en Estudios Sobre Terrorismo, Docente Tiempo Completo de la Institución Universitaria CESMAG, Coordinador del Convenio entre la Institución Universitaria CESMAG y la Corporación Misión de Observación Electoral. gdpantoja@iucesmag.edu.co

functions, to absolve the electoral consultations. The study refers to the behavior of the CNE in terms of concepts in the regime of disabilities issued between the years 2011 and 2013.

KEY WORDS

National Electoral Council, Inabilities, Concepts, Queries, Electoral Process.

6.1 INTRODUCCIÓN

En el Estado Social de Derecho que estableció la Constitución de 1991, se determinó como poder esencial en la organización política del Estado, la creación de un poder electoral con rango constitucional denominado Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE), cuya función constitucional y legal es garantizar el funcionamiento del sistema democrático en Colombia a través de los postulados que el sistema político partidista ha establecido.

A este escenario competencial estatuido para el Consejo Nacional Electoral, en colaboración con la Registraduría Nacional del Estado Civil, se adicionan todas las potestades enunciadas en los 14 numerales constitucionales en materia funcional de este alto Consejo, en virtud de lo dispuesto en el literal C del artículo 39 de la Ley 130 de 1994; dicha ley se encuentra facultada para emitir conceptos interpretando la normatividad vigente en la integridad del ordenamiento jurídico.

En concordancia con lo señalado en el artículo 23 Constitucional, el decreto 01 de 1984, previo a la reforma de la Ley 1437 de 2011 y lo establecido en la actualidad en la Ley 1755 de 2015, todo ciudadano puede formular peticiones respetuosas ante cualquier autoridad a fin de solicitar la información deseada, con las reservas establecidas en la Ley.

Bajo este entendido, en ejercicio del derecho de petición, los ciudadanos han consultado al Consejo Nacional Electoral sobre innumerables tópicos, cuyo objeto en principio, deberá ser respondido por esta autoridad. En este tema, los diversos pronunciamientos relacionados con las inhabilidades para el ejercicio del derecho a ser elegido en el sistema democrático colombiano, son objeto de revisión en este avance de investigación.

6.2 METODOLOGÍA

El paradigma naturalista puede definirse como la explicación y la comprensión de las acciones humanas mediante la subjetividad en el análisis de los hechos.

Bajo este escenario, la investigación necesitó analizar los hechos puestos en conocimiento de las autoridades jurisdiccionales, esto permitió establecer la relación jurídica entre los fundamentos de hecho que soportan una decisión y las respuestas del ordenamiento jurídico.

El enfoque aplicado fue el Histórico–Hermenéutico, toda vez que este enfoque refiere a la búsqueda de la comprensión, a través de una descripción detallada de determinados fenómenos que brotan desde la experiencia. Ahora, es relevante aclarar que la descripción de las respuestas históricas está estrechamente ligada a una interpretación jurídica de las normas que soportan las decisiones y por ello, el mencionado enfoque permitió ligar la decisión judicial al proceso interpretativo.

Se seleccionó el Cualitativo interpretativo, pues pretende desde la perspectiva social, dar a conocer hechos y procesos a través de la medición de algunos elementos, los resultados suelen ser el análisis e interpretación de conceptos que

en el sub-examine obedeció al análisis de los conceptos emitidos por el Consejo Nacional Electoral en uso de sus facultades constitucionales y legales.

6.3 AVANCES, RESULTADOS, DISCUSIÓN

El Consejo Nacional Electoral, es un órgano constitucional encargado de propender por la garantía material de la democracia como máximo tribunal electoral, sin que éste estructure bajo esta perspectiva en dicha institución, funciones de orden jurisdiccional; es decir, acudiendo al criterio doctrinal del mismo, el Consejo Nacional Electoral no administra justicia.

Bajo esta perspectiva, el Consejo Nacional Electoral cumple una función de carácter administrativo consultivo: emite conceptos sobre las temáticas que le son objeto de consulta por parte de las entidades estatales y también de la ciudadanía.

Innumerables, son las aclaraciones que los ciudadanos, en materia de consulta, elevan ante la autoridad para preguntar e indagar sobre situaciones particulares que *podieran conducir a un ciudadano a encontrarse inmerso en una inhabilidad electoral* o que *ya se hubieren configurado* y que un candidato ya electo pudiese estar también inmerso en dichas causales taxativas.

En la estructura conceptual que el Consejo Nacional Electoral entrega en dichas consultas, cuando los fundamentos sustantivos de la pretensión avisoren siquiera la posible configuración de una causal de inhabilidad, el Magistrado pronuncia en el provisto ya mencionado, adicional a lo anterior, la parte resolutive de las decisiones donde se expresa:

De conformidad con lo anterior, esta Corporación se abstiene de pronunciarse respecto de la consulta, teniendo en cuenta el carácter particular y concreto de la misma.

Sin embargo, en cumplimiento del artículo 33 del C.C.A (ahora 21 del C.P.A.C.A) se dará traslado de su solicitud al Departamento Administrativo de la Función Pública para que conozca y absuelva el tema consultado.

Al puntualizar que el procedimiento consultivo, no permite resolver el problema jurídico objeto de la consulta, es claro el Consejo Nacional Electoral en indicar al peticionario que existe un trámite especial aplicable al régimen de inhabilidades que no puede ser objeto de pronunciamiento mediante consulta y que las consultas; no obstante, por tratarse de situaciones particulares y concretas, son remitidas al Departamento Administrativo de la Función Pública para que éste sea el organismo que absuelva los interrogantes formulados en materia de inhabilidades.

En los 327 conceptos referentes a inhabilidades, se encontró que ninguno construyó un elemento doctrinal relevante que permitiese determinar realmente la función interpretativa del orden electoral por parte del Consejo Nacional Electoral, a pesar de ser este organismo el competente para ello.

Con lo anterior, se llegó a considerar la existencia de una falencia sumamente grave hacia la construcción de una doctrina electoral, por parte de la máxima autoridad constitucionalmente establecida, lo que permitió, en un primer escenario, determinar que toda consulta sobre el régimen de inhabilidades deberá

dirigirse directamente al Departamento Administrativo de la Función Pública y, en un segundo escenario que debido a que diversas peticiones de conceptos indicaban situaciones aún no consolidadas respecto de una inhabilidad, el Consejo presumía la existencia de dicha situación jurídica y por lo tanto se abstiene de emitir concepto.

Los siguientes son algunos ejemplos de preguntas abstractas derivadas del análisis de problemas jurídicos planteados al Consejo Nacional Electoral que no fueron resueltas:

¿Se encuentra inhabilitada una persona que aspira a ocupar el cargo de concejal, siendo que está vinculado por el primer grado de afinidad con un empleado público del mismo ente territorial?

¿Qué empleo público inhabilita a una persona para ser concejal?

¿Siendo miembro y socio de una fundación, ejerciendo el cargo de vocal y manteniendo un convenio con la gobernación de un departamento, existe inhabilidad para ejercer el cargo de alcalde?

¿Existe inhabilidad para ser candidato a la alcaldía de un municipio, siendo el presidente del concejo municipal del mismo, o debe renunciar a su curul?

¿Se configura inhabilidad si un ciudadano se desempeña actualmente como concejal y desea inscribir su candidatura a la cámara de representantes en el siguiente periodo electoral?

¿Existe causal de inhabilidad que imposibilite a una persona para ser elegida o designada a un cargo público de Edil con ocasión de las próximas elecciones de autoridades territoriales y locales, si tiene un vínculo por afinidad con la corregidora distrital de policía del municipio?

¿Existe causal de inhabilidad que imposibilite a una persona para ser elegida o designada como diputado con ocasión de las próximas elecciones de autoridades territoriales y locales, para inscribir su candidatura a la asamblea departamental desempeñándose actualmente como concejal del municipio?

¿Cuál es la fecha límite para renunciar a un cargo de elección popular al que se ostenta como Edil, para postularse como candidato a la cámara de representantes?

De las anteriores preguntas, se desprende que los problemas jurídicos recaen sobre diversos cargos de elección popular, que la ciudadanía pregunta de manera abstracta para futuras eventualidades y que las respuestas del Consejo Nacional Electoral, -en las que se abstuvo de emitir concepto- generaron dos graves consecuencias en la doctrina electoral: por una parte impidieron determinar una construcción conceptual y doctrinal respecto a la configuración de una inhabilidad en el marco de la normativa vigente y en el establecimiento de situaciones específicas en las que el régimen de inhabilidades puede o no operar para inhabilitar a un candidato; por otra, si el CNE hubiese delimitado el alcance de las expresiones normativas que restringen el ejercicio del derecho a la participación democrática activa, se evitarían futuras demandas de nulidad electoral ante los Tribunales

Administrativos e incluso ante el Consejo de Estado que funge como organismo cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en materia electoral.

6.4 CONCLUSIONES

- La vigilancia al régimen de inhabilidades de quienes aspiran a cargos públicos y su pertenencia a una determinada corporación, es una labor endilgada al CNE, como máxima autoridad electoral, atribuyéndole una función consultiva y una función administrativa sancionatoria, tendiente a garantizar la permanente observancia y cumplimiento del sistema de inhabilidades por parte de todos los ciudadanos, lo expresado permite el sostenimiento de una democracia transparente, participativa y ajustada al Estado Social de Derecho.
- El Consejo Nacional Electoral se constituye en un organismo consultivo, se ocupa únicamente de las consultas que formula el Estado de forma abstracta, en materia de inhabilidades. Con relación a las consultas que sobre esta materia, formulan los particulares, la posición decisional adoptada por la integridad de los magistrados, es la abstención en la emisión del concepto, porque consideran la existencia de un trámite especial denominado: “Revocatoria de inscripción de candidatos”, contenido en las resoluciones del CNE que en uso de sus facultades constitucionales y legales, estableció un procedimiento concordado con el Código Electoral.
- A pesar de lo anteriormente mencionado, el Consejo Nacional Electoral realiza de forma permanente y actualizada una compilación normativa en materia del régimen de inhabilidades, indicadas para cada uno de los cargos relacionados en los capítulos, lo anterior implica una permanente renovación de la normatividad de orden constitucional y legal desde los cargos más altos del nivel

ejecutivo hasta las corporaciones que hacen parte del orden nacional y de los entes territoriales.

- Las referencias normativas al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relacionan la NO obligatoriedad de los conceptos emitidos en forma de consulta por parte de las autoridades, ya que los mismos se consideran como elementos doctrinales dentro de la actividad judicial y bajo este entendido, no generan obligatoriedad, ni forzoso cumplimiento a la autoridad que los profiere.
- La compilación realizada en el presente documento, constituye una extracción del régimen de inhabilidades exclusivamente en materia electoral, porque los servidores públicos elegidos democráticamente en determinados cargos o como miembros de corporaciones públicas, son un número relativamente pequeño, en comparación con la totalidad de servidores públicos existentes en el orden constitucional y legal.

6.5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991. Editorial Leyer. Bogotá 2015.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL. Relatoría. Conceptos. Disponible en http://www.cne.gov.co/cne/relatoria_temp.page?&height=1050&scroll=auto&width=800

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 5 de 1992. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. Diario Oficial No. 40.483 de 18 de Junio de 1992. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11368>

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 130 de 1994. Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.280 de 31 de Marzo de 1994. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4814>

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 617 de 2000. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional. Diario Oficial No. 44.188 de 9 de Octubre de 2000. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3771>

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1437 de 2011. Por la cual se dicta el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de Enero de 2011. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1755 de 2011. Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 49.559 de 30 de Junio de 2015. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62152>

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1454 de 2011. Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.114 de 28 de Junio de 2011. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43210>

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 36.439 de 10 de Enero de 1984. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6543>

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1421 de 1993. Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. Diario Oficial No. 40.958 de 22 de Julio de 1993. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1507>

7. APLICACIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE REPARACIÓN INTEGRAL EN EL CASO DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA PERPETRADO POR EL EJÉRCITO NACIONAL – PELOTÓN ESPECIAL “BUITRE UNO” – CASOS 4 Y 7

*José Vicente Dueñas Narváez**
*Giovanni Patichoy Benavides**
*Anny Viviana Caicedo Cárdenas**

Resumen

El estudio analiza la responsabilidad extracontractual del Estado por los hechos perpetrados por el Pelotón Especial denominado “Buitre Uno” adscrito al Batallón No. 9 “Batalla de Boyacá” del Ejército Nacional en el periodo comprendido entre el año 2007 a 2009, cuando en desarrollo de operaciones militares en diferentes lugares del Departamento de Nariño se cometieron 24 homicidios en persona protegida* (delito conocido en el derecho internacional como “ejecuciones extrajudiciales” catalogado como delito de lesa humanidad, por su realización sistemática).

Los levantamientos de los mencionados cadáveres fueron realizados dentro de las instalaciones del batallón en la ciudad de Pasto y se presentaron bajo la

* Abogado egresado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de y en Derechos Humanos de la Universidad Católica de Cali, docente universitario e investigador adscrito al Grupo de investigación “Derecho, Innovación y Desarrollo Social” categoría C de Colciencias del Programa de Derecho, Institución Universitaria CESMAG. E-mail. jvduenas@iucsmag.edu.co Pasto, Nariño, Colombia.

* Abogado egresado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Aduanero de la Institución Universitaria ESUMER, docente universitario e investigador adscrito al Grupo de investigación “Derecho, Innovación y Desarrollo Social” categoría C de Colciencias del Programa de Derecho, Institución Universitaria CESMAG. E-mail. cgpatichoy@iucsmag.edu.co Pasto, Nariño, Colombia.

* Abogada egresada de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, candidata a magister de la Universidad Externado de Colombia, docente universitaria e investigadora adscrita al Grupo de investigación “Derecho, Innovación y Desarrollo Social” categoría C de Colciencias del Programa de Derecho, Institución Universitaria CESMAG. E-mail. avcaicedo@iucsmag.edu.co Pasto, Nariño, Colombia.

* Congreso de la República. Ley 599 de 2000. Art. 135

condición de abatidos en combate (positivos de guerra), sin embargo, en el Proceso Penal No. 52001600048500783356 del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento de Pasto se determinó la responsabilidad penal por la comisión de los delitos de homicidio en persona protegida en concurso con secuestro simple y concierto para delinquir en contra de los agentes del Estado que realizaron esas conductas delictivas y que aceptaron cargos para efectos de reducir sus condenas.

La investigación evalúa si el Estado Colombiano reparó conforme a los parámetros internacionales de verdad, justicia, reparación y no repetición a los familiares de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales y si la reparación se efectuó de acuerdo a lo ha determinado vía jurisprudencial por el Consejo de Estado respecto de los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) y del perjuicio inmaterial (daño moral, daño a la salud y daño a los derechos constitucional y convencionalmente amparados).

Palabras Clave

Responsabilidad extracontractual, Estado Colombiano, ejecuciones extrajudiciales, Ejército Nacional y Caso Buitre Uno.

Abstract

The study analyzes the extracontractual responsibility of the State for the events perpetrated by the Special Squad called "Vulture One" attached to Battalion No. 9 "Battle of Boyacá" of the National Army in the period between 2007 to 2009, when in development of military operations in different parts of the Department of Nariño were committed 24 homicides in protected person "(a crime known in international law as" extrajudicial executions "listed as a crime against humanity, for its systematic realization).

The uprisings of the aforementioned corpses were carried out inside the battalion facilities in the city of Pasto and were presented under the condition of killed in combat (positive of war), however, in Criminal Procedure No.

52001600048500783356 of the Second Criminal Court of the Specialized Circuit with Pasto Knowledge Function was determined the criminal responsibility for the commission of the crimes of homicide in protected person in a contest with simple abduction and concert to commit crimes against the agents of the State who carried out these criminal conduct and who accepted positions for reduce their sentences.

The investigation assesses whether the Colombian State repaired according to the international parameters of truth, justice, reparation and non-repetition to the relatives of the victims of extrajudicial executions and whether the reparation was carried out as determined by jurisprudence by the Council of (Loss of profits and consequent damages) and of non-pecuniary damage (moral damages, damage to health and damages to constitutional and conventionally protected rights).

Keywords

Tort, State Colombiano, extrajudicial executions, National Army and Case “Buitre Uno”.

INTRODUCCIÓN

Desde antes del reconocimiento de la vida jurídica del país, Colombia ha estado sometida a vivir acciones terribles en contra de sus habitantes, la época libertaria, las guerras civiles, el accionar de la llamada “chusma”, las actividades de los “pájaros”, las masacres de la guerrilla y de paramilitares han estado presentes en la historia nacional. Pero no solo éstos hechos han generado dolor y repudio dentro de la población sino también aquellos denominados como “Falsos Positivos”, tipificados como “homicidio en persona protegida o como homicidio agravado, según el caso”⁵².

⁵² En la legislación nacional no se encuentran tipificadas como tal las ejecuciones extrajudiciales, motivo por el cual la adecuación de la conducta delictiva se realiza como homicidio en persona protegida o como homicidio agravado, según el caso. Esta modalidad de crimen, ha sido comúnmente denominado en Colombia con la expresión “falsos positivos”, que alude a la ejecución extrajudicial de civiles para ser presentados como insurgentes pertenecientes a grupos armados al margen de la ley y que en el caso colombiano se han caracterizado por dos aspectos recurrentes. De una parte, que las víctimas son personas jóvenes pertenecientes a sectores sociales vulnerables y, de otra, la constante alteración de la escena del crimen con el propósito de dar visos de legalidad

En el derecho internacional de los derechos humanos, las ejecuciones extrajudiciales constituyen graves violaciones a los derechos humanos, que adicionalmente pueden llegar a constituir un crimen de lesa humanidad, cuyo comportamiento consiste en el homicidio deliberado de una persona protegida, por parte de agentes del Estado que se valen del poder estatal para justificar la comisión del hecho punible. No tienen una tipificación expresa, pero el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas aprobado en 1991, especifica los patrones de macro criminalidad que se deben concurrir para determinar si una conducta delictiva corresponde a una ejecución extrajudicial (Corte Constitucional. Sentencia T - 535, 2015, p.23).

Durante el primer decenio del segundo milenio fueron muchos los escándalos por razón de los “Falsos positivos” que involucraron el actuar delictuoso de las fuerzas militares Colombianas. En algunos casos sucedidos en el Departamento de Nariño, los agentes involucrados en la comisión de los falsos positivos reconocieron sus injustos penales ante las autoridades judiciales, correspondiendo al Estado Colombiano reparar a las víctimas, empero, las indemnizaciones no representaron los diferentes elementos que por vía jurisprudencial nacional e internacional se deben reconocer a las víctimas de este tipo de vejámenes.

METODOLOGÍA

El estudio analiza la aplicación del estándar internacional de reparación integral realizada por los hechos perpetrados por el Pelotón Especial denominado “Buitre Uno” adscrito al Batallón No. 9 “Batalla de Boyacá” del Ejército Nacional en el periodo comprendido entre el año 2007 a 2009, cuando en desarrollo de operaciones militares en diferentes lugares del Departamento de Nariño se cometieron 24 “homicidios en persona protegida” (Ley 599, 2000, Art. 135).

Los levantamientos de los mencionados cadáveres fueron realizados dentro de las instalaciones del batallón en la ciudad de Pasto y se presentaron bajo la condición de abatidos en combate (positivos de guerra), sin embargo, en el Proceso Penal No. 52001600048500783356 del Juzgado Segundo Penal del Circuito

a las ejecuciones; por ejemplo, vistiendo con prendas militares los cadáveres de las víctimas o mediante la alteración de la escena del crimen ubicando armas de uso privativo de la fuerza pública. Es decir, que los llamados “falsos positivos” son una especie de las ejecuciones extrajudiciales. (Corte Constitucional. Sentencia T - 535, 2015, p. 2)

Especializado con Función de Conocimiento de Pasto se determinó la responsabilidad penal por la comisión de los delitos de homicidio en persona protegida en concurso con secuestro simple y concierto para delinquir en contra de los agentes del Estado que realizaron esas conductas delictivas y que aceptaron cargos para efectos de reducir sus condenas.

En síntesis, la investigación evalúa si el Estado Colombiano reparó conforme a los parámetros internacionales de verdad, justicia, reparación y no repetición a los familiares de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales a los familiares de Mauricio Arcos Barrera (Caso 4) y Hermes Geovanny Mora (Caso 7) y que fueron objeto de conciliación prejudicial por los perjuicios causados en la Procuraduría 207 Judicial I de delegada para Asuntos Administrativos mediante el acta de conciliación No. SC-738-12 del 11 de octubre de 2012 aprobada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito mediante providencia del 14 de diciembre de 2012 bajo el radicado No. 2012 – 000 – 51 y en la Procuraduría 36 Judicial II de delegada para Asuntos Administrativos mediante el acta de conciliación No. SC-2896-12 calendada el 11 de octubre de 2012 aprobada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito mediante providencia del 30 de noviembre de 2012, bajo radicado 2012 – 163.

La investigación es de corte CUALITATIVO cuyo paradigma es el NATURALISTA por tratarse de un tema de derechos humanos de gran impacto social; por tanto, el enfoque utilizado es el HISTÓRICO - HERMENÉUTICO y se utiliza como método el ESTUDIO DE CASO.

Para identificar los estándares de reparación integral de víctimas establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Constitucional y Consejo de Estado, establecer el alcance normativo, jurisprudencial y doctrinal del delito de homicidio en persona protegida como delito de lesa humanidad y comparar dicho tipo penal con el concepto internacional de ejecuciones extrajudiciales, se realiza un análisis documental como técnica de investigación utilizando como instrumentos de recolección de información las fichas de análisis normativo, de sentencias, comparativo, de revisión de doctrina

especializada, de información tomada de artículos, reportes y experiencias relacionadas en periódicos, escritos e informes de derechos humanos.

En ese orden, con el fin de evaluar la aplicación de los estándares de reparación integral a los familiares de las víctimas de homicidio en persona protegida identificadas en los casos No. 4 y No. 7 de expediente No. 52001600048500783356 del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con función de conocimiento de Pasto y de la Procuraduría 207 Judicial Administrativa I de Pasto respecto de los expedientes de las víctimas, se realiza un estudio del material probatorio recaudado en las respectivas investigaciones penales que sobre este particular adelantaron los entes judiciales que se encuentran disponibles, toda vez que ya existen sentencias judiciales que no tienen reserva dado que se superó las respectivas etapas investigativas y judiciales.

Finalmente, en aras a validar los resultados obtenidos en el trabajo de campo se harán entrevistas a jueces y magistrados penales y expertos en derecho penal y derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario.

AVANCES, RESULTADOS, DISCUSIÓN

Desde antes del reconocimiento de vida jurídica del Estado, Colombia ha sido sometida a vivir acciones terribles en contra sus ciudadanos, la época libertaria, las guerras civiles, el accionar de la llamada “chusma”, las actividades de los “pájaros”, las masacres de la guerrilla, las ejecuciones de los paramilitares, pero entre los hechos que históricamente han generado mayor escándalo nacional se encuentran los denominados “Falsos Positivos”, jurídicamente tipificado como desaparición forzada con fines de homicidio delito denominado en el derecho convencional como “ejecuciones extrajudiciales”.

Los primeros casos conocidos por funcionarios de la Naciones Unidas prendieron las alarmas respecto de lo que estaba pasando al interior de las Fuerzas

Armadas, en ese entonces se convocó al entonces Ministro de Defensa Nacional Juan Manuel Santos y al Comandante de las Fuerzas Armadas Fredy Padilla De León, para conocer de un hecho espeluznante vivido por un soldado de la Brigada XIV de Puerto Berrio, quien pertenecía a una unidad secreta encargada de reclutar personas humildes, a quienes había de hacer pasar por guerrilleros y posteriormente ejecutarlos como si fuera en combate. Lo complejo de éste asunto, es que uno de los agentes del Estado involucrados, manifestó que cuando se encontraba en licencia, miembros del mismo batallón para el cual servía asesinaron a su padre, sin saber del parentesco con él, la víctima que debía ser presentada como positivo de guerra, por lo que el soldado decidió dar a conocer su versión de lo que estaba sucediendo al interior de las fuerzas armadas. A partir de ese caso, se dio a conocer que en otros departamentos se habían presentado homicidios de civiles en condiciones similares y en un buen número de brigadas. A continuación se presenta el informe expedido por Human Rights Watch:

LUGAR	BRIGADA	EJECUCIONES	PERIODO DE TIEMPO
Antioquia	Cuarta Brigada	412 ejecuciones	2002 y 2008
Meta	Séptima Brigada	66 ejecuciones	2002 y 2008
Quindío	Octava Brigada	56 ejecuciones	2003 y 2008
Huila	Novena Brigada	119 ejecuciones	2004 y 2008
Cesar	Décima Brigada	146 ejecuciones	2004 y 2008
Córdoba	Décima Primera Brigada	214 ejecuciones	2004 y 2008
Meta	Brigada Móvil N.º 12	27 ejecuciones	2005 y 2007
Antioquia	Décima Cuarta Brigada	51 ejecuciones	2006 y 2008
Norte de Santander	Brigada Móvil N.º 15	38 ejecuciones	2006 y 2008
Casanare	Décima Sexta Brigada	113 ejecuciones	2004 y 2008
Vichada	Vigésima Octava Brigada	45 ejecuciones	2006 y 2008
Nariño	Batallón No. 9 Batalla de Boyacá	24 ejecuciones	2007 y 2008

Fuente: (Human Rights Watch, 2015)

Las cifras presentadas por Human Rights Watch son aterradoras y muestran un estimado de 1.310 víctimas de ejecuciones extrajudiciales realizadas entre 2002 a 2008. El Departamento de Nariño, no fue ajeno a las ejecuciones extrajudiciales por parte de los agentes del Estado conocidas como “falsos positivos” que también se perpetraron en el Batallón No. 9 Batalla de Boyacá del Ejército Nacional con el Pelotón Especial denominado “Buitre Uno”, militares que atentaron contra la vida de personas que fueron ejecutados extrajudicialmente, al respecto, el precedente constitucional ha sostenido que:

(...) la responsabilidad estatal se justifica por el hecho de que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar el daño, pues es el mismo Estado el que tiene el mandato de preservar los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración (...) el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culpable o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.” (Corte Constitucional, Sentencia C-333, 1996).

Entre los años 2007 a 2009, se encontraron 24 cuerpos que fueron objeto de procedimiento de levantamiento de cadáver en el Municipio de Pasto dentro de las instalaciones del Batallón No. 9 Batalla de Boyacá del Ejército Nacional. Las 24 personas que fueron víctimas de homicidio son las siguientes:

José Antonio Otavalo Cachimuel	Veredas Santa Rosa y Santander del Municipio de Tangua
Miguel Ángel Toro	Vereda la Sierra del Municipio de El Rosario
Fabio Andrés Piamba	Las cochas del Municipio de El Rosario
Mauricio Arcos Barrera	Kilómetro 30 vía oriente en Pasto
Marco Alexander Londoño Castrillon	El Yunga del Municipio de San Lorenzo
Ronald Calzada Betancourt	El Yunga del Municipio de San Lorenzo
José Mauricio Bastidas Arango	Puerto Cumbara del Municipio de El Rosario
Hermes Geovanny Mora	Vereda Las Cochas del Municipio de Sotomayor
José Luis Suarez Baron	Vereda Las Cochas del Municipio de Sotomayor
Francisco Javier Troya	Vereda La Sierra del Municipio de El Rosario
NN	Jurado – Rio Bobo
NN (Indiciariamente Leo Dan Valencia)	Puerto Cumbara del Municipio de El Rosario
Cuatro (4) NN	Vereda El Jardín
Juan Andres Solis	Las Cochas Municipio de El Peñol
Un (1) NN	Las Cochas Municipio de El Peñol
Dos (2) NN	Corregimiento de Cuariaco
Ángel David Osorio Acosta	Cruz de Amarillo de Pasto
Dos (2) NN	Cruz de Amarillo de Pasto
Un (1) NN	Vía Remolino que conduce al Municipio de El Rosario

Fuente: (Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento de San Juan de Pasto, Rad. 52001600048500783356, 2011)

Del listado antes presentado los casos objeto de estudio son los de Mauricio Arcos Barrera (Caso No. 4) y Hermes Geovanny Mora (Caso No. 7). Respecto del Caso No. 4 referente a la muerte de Mauricio Arcos Barrera ocurrida el 10 de octubre de 2007 en el km 30 vía oriente de la ciudad de Pasto, sobre el cual se aprecia en el acervo probatorio (informe de operación) rendido por el señor Sargento Viceprimero Jorge Enrique Cerquera, en su condición de comandante de la primera sección del pelotón Buitre Uno, que el día 10 de octubre de 2007, se presenta un reducto del grupo subversivo FARC se encontraba realizando un retén ilegal en el km 30 vía oriente hacia el Departamento del Putumayo y en cumplimiento de la misión táctica JAMAICA II, la primera sección del pelotón Buitre Uno, bajo su mando sale a las 20:30 horas de ese día y a las 22:15 dice hacer contacto con el enemigo,

produciéndose un enfrentamiento y al registrar el área, encuentran un cadáver con un brazalete de las FARC, un revolver calibre 38, una granada, munición y estopines. Afirma que en razón del hostigamiento del cual era objeto el pelotón, el cadáver fue conducido a las instalaciones del Batallón, presentando el cadáver como persona muerta en combate y perteneciente a las FARC.

Posteriormente, la víctima fue reconocida por el señor Juan Pablo Mena Martínez, director de un centro de rehabilitación de drogadicción y alcoholismo al cual acudía Arcos Barrera, para procurar salir de la adicción y quien le había obsequiado una prenda que vestir que llevaba puesta al momento del homicidio, al respecto, el dictamen de necropsia se refiere a una clara situación de deterioro físico, atribuible a la condición de marginalidad que vivía.

Del cuadernillo organizado por la Unidad de Fiscalías Especializadas Para Asuntos Humanitarios Nariño y Putumayo, (Caso No. 4) el examen de inspección técnica del cadáver (formulario FPJ-10), emitido por el Instituto de Medicina Legal, se colige que las lesiones que presenta el cuerpo son:

- herida abierta de 3x2 centímetros aproximadamente localizada en la región subclavicular lado izquierdo,
- herida abierta con exposición de intestinos localizada en la región mesogastrio lado derecho,
- herida abierta de 2X1.5 centímetros aproximadamente localizada en la región mesogastrio lado derecho y
- herida abierta de 4X2 centímetros localizada en la región del reborde costal lado izquierdo.

Se concluye a lo largo del proceso que el señor Mauricio Arcos Barrera, nunca perteneció ni estuvo inscrito o fue simpatizante de la guerrilla, por lo que el asunto no resistió discusión ni debate probatorio que demuestre lo contrario, pues quedó demostrado que era un ciudadano de bien oriundo del Valle del Cauca, hijo de la señora Martha Lucia Barrera y del señor Alcides Arcos Hernández y contaba con dos hermanas: Yakeline y Viviana Arcos, quien por razones de la vida había caído en la adicción de drogas alucinógenas y quien fue dado de baja por funcionarios en servicio activo del Ejército Nacional de Colombia Batallón de Infantería No. 9 Batalla de Boyacá compañía Buitre Uno al mando del teniente Julio

Andrés Salazar, es decir, que el señor Arcos Barrera no fue muerto en combate como lo pretendían en principio hacer ver los uniformados involucrados, sino que el extinto se vio sometido a homicidio en persona protegida.

Por esta razón, el 30 de abril del 2012, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Pasto, dentro del Proceso Penal No. 520016000485200783356 profirió sentencia condenatoria contra quienes finalmente aceptaron su responsabilidad así:

- Juan Carlos Ramírez Meneses y Jorge Ignacio Cabrera: 334 meses y 20 días como autores materiales del delito de homicidio.
- William Mina Mosquera: 58 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.
- Héctor Fabio Aguilar Flórez: 50 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.
- Eduardo Ortiz Lucumi: 54 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.
- Hidelbrando Antonio Indica Gañan: 54 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.
- Jorge Eduardo Gomez Perez: 54 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.

En este mismo sentido, respecto del Caso No. 7 correspondiente a las muertes de Hermes Geovanny Mora y José Luis Suarez Baron ocurridas el 26 de Noviembre de 2007 en la Vereda Las Cochas, Municipio de Sotomayor, se aprecia en el acervo probatorio (informe de operación) rendido por el señor Sargento Viceprimero Jorge Enrique Cerquera, en su condición de comandante de la primera sección del pelotón Buitre Uno, que el día 24 de noviembre de 2007, recibió información que en el Municipio de Sotomayor Vereda Las Cochas miembros de las bandas criminales venían extorsionando a la población, por lo que el 25 de noviembre se desplazaron al lugar y el día 26 de noviembre de 2007 alrededor de las 4:45 am se presentó un enfrentamiento con los presuntos miembros de las bacrim, donde resultan muertas dos personas a quienes se les encontró: 1 pistola 9 milímetros, 5 cartuchos 9 milímetros, un proveedor 9 milímetros, un revolver calibre 32, 2 vainillas calibre 32, 2 granadas de mano, 1 granada aturdidora, 58 cartuchos pkm, un fusil, un proveedor 16.5, estopines eléctricos, un canguro color beige, un celular marca Nokia y una batería para celular, evento del cual

presentaron como muertos en combate a los señores Hermes Geovanny Mora y José Luis Suarez Baron.

Dentro de la investigación realizada por la Fiscalía, rindió entrevista la señora Yuri Jimena Gómez Narváez, quien manifestó que el pelotón Buitre Uno llegó a Sotomayor el día en que muere su compañero (Hermes Geovanny Mora) y que siendo alrededor de las 9:00 am, se lo llevaron de un restaurante, que el hecho fue conocido por varias personas, incluso ella tuvo la oportunidad de verlo y hacerle señas a Giovanni Mora cuando se encontraba en el camión del ejército junto con otro muchacho que estaba en el restaurante.

Por su parte, el Sargento López Ferreira, adscrito al Batallón Batalla de Boyacá, dijo en su declaración que el material utilizado para el montaje fue sacado del escaparate de la oficina del S2 y lo recuerda porque la pistola y el seguro de la empuñadura era de pasta, también reconoció que la granada aturdidora y los estopines, los cartuchos para ametralladora pkm, el revolver 32 mm y la munición estaban en el mismo escaparate.

Igualmente, el Sargento Viceprimero Jaime Coral Trujillo, en el interrogatorio realizado por la Fiscalía, reconoció el montaje realizado para hacer aparecer a los fallecidos como muertos en combate y que dio instrucciones a los soldados Ramírez y Caicedo de darlos de baja, al tiempo que reconoce que los elementos utilizados les fue suministrados por el sargento López Ferreira.

Del cuadernillo organizado por la Unidad de Fiscalías Especializadas Para Asuntos Humanitarios Nariño y Putumayo (Caso No. 7) el examen de inspección técnica del cadáver (formulario FPJ-19), emitido por el Instituto de Medicina Legal de las lesiones del cadáver de Hermes Giobanny Mora, el informe de investigación de campo fotográfico, perfil victimológico, el informe de balística y trayectoria de disparos, el interrogatorio de indiciado de Javier López Ferrerira, las actas de preacuerdo de los autores, fueron determinantes para establecer que Hermes Geovanny Mora, nunca perteneció ni estuvo inscrito o fue simpatizante de la guerrilla y que se trataba sólo de una persona trabajadora, de bien, que fue desaparecido y después dado de baja por funcionarios en servicio activo del Ejército

Nacional, Batallón de Infantería No.9 Batalla de Boyacá pelotón Buitre Uno, quien era hijo de la señora Blanca Graciela Mora Pantoja y hermano de Blanca Benilde Ortega Mora, Amparo Socorro Mora, María Concepción y Herminso Fermín Garzón Mora.

Quedo claro entonces que se trataba de un conductor que a futuro también tenía que responder por su hija que estaba por nacer cuya madre sería la señora Yuri Jimena Gómez Narváez. Así las cosas, el señor Mora no fue muerto en combate como lo pretendían en principio hacer ver los uniformados involucrados, sino que el extinto se vio sometido homicidio en persona protegida, en concurso con secuestro simple y concierto para delinquir. Respecto de José Luis Suarez Baron no se encontraron familiares.

Por esta razón, el 30 de abril del 2012, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de San Juan de Pasto, dentro del proceso No. 520016000485200783356 profirió sentencia condenatoria contra quienes finalmente aceptaron su responsabilidad así:

- Juan Carlos Ramírez Meneses y José Ignacio Cabrera: 334 meses y 20 días como autores materiales del delito de homicidio.
- William Mina Mosquera: 58 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.
- Albert Esteban Achicanoy Jojoa: 50 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.
- Eduardo Ortiz Lucumi: 54 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.
- Hidelbrando Antonio Indica Gañan: 54 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.
- Jorge Eduardo Gómez Pérez: 54 meses y 20 días como autor en concurso del delito de favorecimiento.

Por los hechos expuestos, es de destacar que existió por parte del Estado Colombiano indemnización económica como medida de reparación por los homicidios en persona protegida de Mauricio Arcos Barrera (Caso No. 4) y Hermes Geovanny Mora (Caso No. 7), no obstante, ésta forma de reparación no es suficiente considerando la grave afectación a los familiares de las víctimas quienes de forma constante recuerdan los hechos dolorosos a los cuales fueron sometidos

sus seres queridos, recuerdos que de una u otra forma modifican su personalidad y que desencadenan alteraciones de mayor o menor grado, en detrimento de su área afectiva, volitiva e ideativa, o en todas ellas, las cuales determinan su ajuste o interacción con el medio donde viven.

En ese orden de ideas, la investigación evalúa si la reparación realizada por parte del Estado fue de acuerdo a los estándares de reparación integral de víctimas de delitos de lesa humanidad, considerando que el actuar de los agentes del Estado no sólo realizaron conductas tipificadas en materia penal, sino que además violaron derechos humanos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, específicamente en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estatuto de Roma entre otros instrumentos internacionales y que el Estado Colombiano se limitó a realizar una indemnización económica dejando de lado todos los parámetros requeridos para la reparación integral, por una parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la reparación integral contiene los siguientes parámetros:

- a. Perjuicios materiales
 - Daño emergente
 - Lucro cesante
- b. Perjuicios inmateriales
 - Daño moral
 - Daño inmaterial por afectación relevante a bienes y derechos convencional y constitucionalmente amparados
 - Daño a la salud

En Colombia la indemnización de perjuicios que comprende el daño emergente y el lucro cesante (Código Civil, Art. 1613), éstos están definidos por el Art. 1614 del Código Civil que señala que: “hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima” (Rueda Prada, 2015, p. 48) y hay lucro cesante cuando “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (Art. 1641

del Código Civil), es decir, a diferencia de lo que sucede con el daño emergente, donde el valor económico salió o saldrá del patrimonio, en el lucro cesante, el valor económico no entró o no entrará en el patrimonio del demandante” (Rueda Prada, 2015 p. 51).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido el lucro cesante como “[...] la ganancia frustrada a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre 2006, Exp. 13.168, 2006).

Respecto de los perjuicios inmateriales, el concepto de daño moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060), 2014), asimismo, respecto del daño a la salud, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa ha señalado que corresponde a aquel:

[...] denominado por la doctrina y la jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico y en Italia como biológico, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración de las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y evaluación objetiva como lo es aquel, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Exp. 38.222, 2011).

A partir de la decantación que el Consejo de Estado hizo del concepto de daño a la salud, se determinó que el mismo incluía todos los daños ocasionados en el ámbito psicológico, estético, sexual, patológico y, en general, todo daño que afectara la integridad psicofísica de la víctima.

Por último, el análisis de la reparación integral y de diversos casos en los cuales los bienes lesionados no se reducen a aquellos patrimoniales, afectivos y de integración psicofísica explicados anteriormente, sino que también abarca la afectación relevante a bienes y derechos constitucionales y convencionales derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que de la misma haga la Corte Interamericana, al respecto el Consejo de Estado ha señalado que:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidas a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El poder Judicial debe ejercer una especie de “control de constitucionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana Sobre Derecho Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de septiembre de 2012, Exp.44.050, 201).

Es importante resaltar que el daño en estos casos comporta graves violaciones a los derechos humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Penal Internacional, que han sido definidos por el Consejo de Estado como:

- (...) una nueva categoría de daño inmaterial.
- se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.
- es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

Por lo que la vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e

indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales (Consejo de Estado, 2014)

En resumen, es lo que la Resolución No. 60/147 de 2005 de Naciones Unidas sobre “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas a las normas internacionales de derecho humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones”, ha denominado como Principio de reparación integral del daño.

Así las cosas, se deben evaluar las obligaciones convencionales, constitucionales y legales a efectos de determinar los estándares jurídicos de cumplimiento o incumplimiento del Estado y la importancia del control de convencionalidad como un instrumento al servicio del juez para determinar los daños y así fundar el juicio de responsabilidad por falla del servicio. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido como parámetros de reparación integral los siguientes:

- *restitutio in integrum* referida al restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación.
- indemnización por los perjuicios materiales por el quebranto económico que sufre la familia y por los perjuicios intangibles que producen angustia, sufrimiento y al daño al proyecto de vida
- rehabilitación consistente en la atención médica, psicológica, psiquiátrica, judiciales, sociales o de otra índole
- satisfacción que es la implementación de medidas de carácter simbólico y colectivo, como el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, monumentos, etc. y
- garantías de no repetición que son las medidas de carácter administrativo, legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones.

Por ende, bajo los parámetros del control de convencionalidad, las autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir los diferentes tratados en materia de derecho internacional público, entre otros, ya que sus contenidos convergen para tutelar la dignidad de la persona humana, como objeto y fin del derecho internacional, con claras incidencias en el nivel interno, en razón a lo establecido en la Convención de Viena en el Art. 26 que refiere que los Estados

deben cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*) y de buena fe (*bona fides*) y por tal razón, los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos y que hayan sido ratificados por el Estado Colombiano, son plenamente exigibles en virtud de la integración normativa a través del bloque de constitucionalidad, Art. 93 superior, en consecuencia, los miembros del Ejército Nacional deben respetar lo establecido en el Art. 11 y 12 de la Carta Magna que expresan que: “El derecho a la vida es inviolable” y que “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en razón a que son normas imperativas de *ius cogens*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos relativamente recientes “Almonacid Arellano y otros contra Chile”, “Cabrer García y Montiel Flores vs. México”, “Trabajadores cesados del Congreso contra Perú” señaló que el control de convencionalidad “consiste en la verificación del efecto útil de los instrumentos internacionales a la luz de la conducta desplegada por el Estado y los derechos vulnerados”.

Por consiguiente, la imputación del daño antijurídico en cabeza del Estado Colombiano estructura una falla en el servicio, título jurídico de imputación que implica el resarcimiento integral a los familiares de las víctimas por los perjuicios padecidos a partir de las ejecuciones extrajudiciales realizadas en los años 2007 a 2009, en las cuales se reconoció el homicidio en persona protegida.

Considerando la existencia del daño que configura la responsabilidad extracontractual del Estado por la perpetración de las “ejecuciones extrajudiciales” que se producen cuando “autoridad pública priva arbitraria o deliberadamente de la vida, a un ser humano en circunstancias que no corresponden al uso legítimo de la fuerza” (Human Rights Watch, 1999), una vez revisados los expedientes, se encuentra que el Estado Colombiano no ha dado cumplimiento con lo exigido por el estándar internacional de: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición a las víctimas que fueron sometidas por el pelotón especial Buitre Uno a los

vejámenes de actuaciones arbitrarias y contrarias a derecho como lo es el secuestro y posterior homicidio en persona protegida.

Siendo así las cosas, la conciliación aprobada por la Procuraduría 207 Judicial Administrativa I de Pasto debe someterse a revisión considerando en primer lugar, que a la fecha de su expedición no existía el reconocimiento de los delitos de lesa humanidad y en segundo lugar, que el acta de conciliación que aprueba la indemnización económica lo realiza únicamente por el concepto de daño moral, sin tener en cuenta que la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha determinado que la indemnización a los familiares de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales debe ser integral y debe comprender el pago de los perjuicios materiales e inmateriales, siendo aplicable para el primer caso el pago del lucro cesante y de daño emergente, y en relación con los perjuicios inmateriales, se debe reliquidar el daño moral y liquidar el daño a la salud y la afectación relevante a bienes y derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Si bien es cierto que con relación a las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales realizadas por el Pelotón Especial denominado “Buitre Uno” adscrito al Batallón No. 9 Batalla de Boyacá del Ejército Nacional en los hechos ocurridos entre el 11 de julio de 2007 y el 12 de abril de 2008 en el Departamento de Nariño existió por parte del Estado Colombiano reparación a las mismas mediante una indemnización, no es menos cierto que en dicha reparaciones no se tuvo en cuenta todos los factores de la reparación integral considerando la afectación del diario vivir de las víctimas quienes de forma constante recuerdan los homicidios (ejecuciones extrajudiciales) a los que fueron sometidos sus seres queridos.

Finalmente, es de anotar que si aplicamos el control de convencionalidad a la normatividad penal vigente, el Código Penal cuenta con deficiencias de tipificación normativa del delito de homicidio en persona protegida por cuanto debe ser denominado como Ejecuciones Extrajudiciales de acuerdo a lo establecido en el derecho internacional.

En la investigación preliminarmente se constata la existencia de 24 homicidios en persona protegida y que son atribuibles a agentes del Estado

pertenecientes al pelotón especial Buitre Uno adscrito al Batallón No. 9 “Batalla de Boyacá” del Ejército Nacional, delitos de lesa humanidad que no fueron reparados en debida forma a los familiares de las víctimas acorde con los lineamientos y estándares que se han determinado por vía jurisprudencial por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el derecho convencional.

Al no reparar en debida forma a los familiares de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales, el Estado Colombiano re-victimiza y afecta la legitimidad del fin de las reparaciones, en consecuencia, el Estado Colombiano está en la obligación de cumplir con los lineamientos de reparación a los cuales se encuentra obligado todo en aras de atacar el fin último del Estado cual es la justicia material.

El Estado debe hacer un control de convencionalidad del Código Penal para adecuar las deficiencias de tipificación normativa del delito de homicidio en persona protegida definiéndolo como ejecuciones extrajudiciales de conformidad con lo establecido en el derecho internacional y en cumplimiento con lo establecido por el principio de *pacta sun servanda* y el principio de buena fe consagrados en el Art. 26 de la Convención de Viena, al igual que por lo normado en el Art. 27 del mismo que señala que ningún Estado puede sustraerse al cumplimiento de un tratado amparándose en una normatividad interna.

CONCLUSIONES

❖ En la investigación se constata la existencia de 24 homicidios en persona protegida y que son atribuibles a agentes del Estado pertenecientes al pelotón especial Buitre Uno adscrito al Batallón No. 9 “Batalla de Boyacá” del Ejército Nacional, delitos de lesa humanidad que no fueron reparados en debida forma a los familiares de las víctimas acorde con los lineamientos y estándares que se han determinado por vía jurisprudencial por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el derecho convencional.

❖ Al no reparar en debida forma a los familiares de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales, el Estado Colombiano re-victimiza y afecta la legitimidad del fin de las reparaciones, en consecuencia, el Estado Colombiano está en la obligación de cumplir con los lineamientos de reparación a los cuales se encuentra obligado todo en aras de atacar el fin último del Estado cual es la justicia material.

❖ El Estado debe hacer un *control de convencionalidad* del Código Penal para adecuar las deficiencias de tipificación normativa del delito de homicidio en persona protegida definiéndolo como ejecuciones extrajudiciales de conformidad con lo establecido en el derecho internacional y en cumplimiento con lo establecido por el principio de *pacta sun servanda* y el principio de buena fe consagrados en el Art. 26 de la Convención de Viena, al igual que por lo normado en el Art. 27 del mismo que señala que ningún Estado puede sustraerse al cumplimiento de un tratado amparándose en una normatividad interna.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Corte Constitucional (1 de agosto de 1996) Sentencia C – 333 [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional (20 de agosto de 2015) Sentencia T – 535 [MP Alberto Rojas Ríos]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (19 agosto de 2004) Exp. 25000-23-26-000-1994-09817-01 [C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (4 de diciembre de 2006) Exp. 13.168, [C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (24 de septiembre de 2012) Exp. 44.050, C.P. [Jaime Santofimio Gamboa]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (20 de octubre de 2014) Exp. 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060), C.P.
[Enrique Gil Botero]

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de Noviembre de 2006) Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas

Human Rights Watch. (2015). El rol de los altos mandos en falsos positivos - Evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/report/2015/06/23/el-rol-de-los-altos-mandos-en-falsos-positivos/evidencias-de-responsabilidad-de>

Rueda Prada, Diana (2015). La Indemnización de los Perjuicios Extrapatrimoniales en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

8. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRIGENTES E INTERMEDIARIOS EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER CRIMINAL

Wilmer Cortés Arciniegas⁵³

Janeth Liliana Pantoja Mallama⁵⁴

RESUMEN

Uno de los actuales problemas penales, que ha ocasionado gran controversia en materia de autoría y participación es el alusivo a la responsabilidad penal que debe imputarse a los dirigentes e intermediarios de las Estructuras Organizadas de Poder Criminal, por los delitos ocurridos bajo su mando, una de las teorías de mayor aceptación, en este campo, es la tesis formulada por Claus Roxin: según la cual los jefes e intermediarios de dichas organizaciones son sancionados a título de autores mediatos, por la sana razón de utilizar como instrumentos a los miembros que conforman el aparato de poder organizado que se encuentra bajo su dominio. Esta tesis no escapa a las críticas y a las variadas teorías que sobre el particular se han construido y cuya imputación penal a tales directores y subordinados, va desde endilgarles a título de autores directos o de coautores, de autores mediatos o accesorios o en calidad de partícipes (determinadores o cómplices), e incluso, se ha optado por acudir a la teoría Joint Criminal Enterprise o (Empresa Criminal Conjunta), considerada de dudosa constitucionalidad, en la gama de nuestro Derecho Penal.

⁵³ Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Libre de Cali, Candidato a Magister en Derecho, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá en convenio con la Universidad Jaime I de Castellón, España, Académico de la Institución Universitaria CESMAG y Universidad Mariana y Abogado Litigante.

⁵⁴ Abogada de la Institución Universitaria CESMAG, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, Estudiante de Cursos Libres para Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires Argentina en Convenio con el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, docente de la Institución Universitaria CESMAG.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad Penal, dirigentes, intermediarios, aparatos organizados de poder criminal, joint criminal enterprise.

ABSTRACT

THE PENAL RESPONSIBILITY OF THE LEADERS AND INTERMEDIARIES IN THE ORGANIZED APPARATUS OF CRIMINAL POWER

The penal responsibility that should be imputed to the leaders and middlemen of the Organized Structures from Caning Criminal is one of the present-day penal problems, than great controversy has caused on the subject of authorship and participation, because of the happened crimes under their command.

One of the most accepted theories in this field is the thesis formulated by Claus Roxin, according to which the chiefs and intermediaries of these organizations are sanctioned as mediate authors, by virtue of using as instruments the members that form the apparatus of organized power that is under their dominion. This thesis does not escape the criticisms and the varied theories that have been constructed on the particular, and whose criminal imputation to such directors and subordinates, goes from endorse them the title of direct authors or coauthors, of mediate or accessory authors or in quality (determiners or accomplices), and even has chosen to resort to the Joint Criminal Enterprise theory, considered of doubtful constitutionality in the range of our Criminal Law.

KEY WORDS

Criminal responsibility, leaders, intermediaries, organized apparatus of criminal power, joint criminal enterprise.

8.1 INTRODUCCIÓN

El presente estudio, constituye una mirada a la problemática jurídico penal que se presenta en materia de autoría y participación de cara a la responsabilidad que les corresponde a los jefes e intermediarios de las organizaciones criminales, por los punibles acaecidos bajo su mando, dadas las diversas tesis que se han elaborado y que van desde endilgarles su responsabilidad a título de autores directos o de coautores, de autores mediatos o accesorios o bien en calidad de partícipes (determinadores o cómplices), modalidades que sin duda serán tocadas de manera minuciosa para una mejor comprensión.

Entre estas tesis, la formulada por Claus Roxin es la que hoy goza de mayor aceptación, de acuerdo con ésta se sanciona penalmente a los jefes de dichas organizaciones a título de autores mediatos, por la simple razón de utilizar como instrumentos a los miembros que conforman el aparato de poder organizado que se encuentra bajo su dominio.

La tesis previamente mencionada, ha sido adoptada en otras jurisdicciones foráneas y será materia de discusión en la presente investigación, pues se empieza a debatir en Colombia por su proximidad a nuestro estatuto penal y por la problemática que suponen la investigación y el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, cometidos por las organizaciones criminales nacionales, a las cuales enfrenta la administración de justicia.

A lo señalado anteriormente, se añadirá la reflexión sobre la noción, cuyo efecto político-criminal se ha tratado en el Derecho Penal Internacional y que en el Derecho Penal colombiano es de muy dudosa constitucionalidad, como supone la teoría de la Joint Criminal Enterprise (Empresa Criminal Conjunta).

8.2 METODOLOGÍA

La investigación se orientó bajo las pautas de la metodología cualitativa, el enfoque histórico–hermenéutico, el paradigma naturalista y el método histórico interpretativo, toda vez que se pretende evaluar la pertinencia de las teorías que se han postulado sobre la participación criminal y la imputación que debe endilgarse a los miembros que conforman las organizaciones de poder criminal; por ello, el estudio fue de carácter dogmático y analítico, se hizo hincapié en el desarrollo normativo y doctrinal comparado, cuyo análisis podía tener por objeto, la implementación o no de dichas teorías en la legislación colombiana.

La línea de investigación a la que se circunscribe el presente estudio, es Democracia, derechos humanos y cultura de paz, pues su temática es de vital importancia para el desarrollo de la justicia colombiana; más aún, si en la actualidad se habla de procesos de justicia transicional, en los que la academia debe participar activamente en el planteamiento y cuestionamiento de las teorías de judicialización que seguramente abordarán este tema.

8.3 AVANCES, RESULTADOS, DISCUSIÓN

Si bien, sobre la autoría y la participación, se han planteado distintas teorías dogmáticas, el presente trabajo se limitará a estudiar los conceptos que tienen mayor aceptación tanto a nivel nacional como internacional y que por esta razón se ajustan mejor a los principios del Derecho penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho.

- **Concepto de delincuencia organizada o aparatos organizados de poder criminal.**

La delincuencia organizada es la manera ilícita de actuar de varias personas, su finalidad es cometer delitos, el concepto implica la integración de un grupo que se somete a unas normas de hecho y persigue fines determinados; es decir, que existe

y se organiza según una estructura jerárquica y de mando, donde unos mandan y otros obedecen (Escobar Henriquez, 2007), o como lo sostiene el jurista Velásquez (2011), es el aparato criminal organizado de poder que puede ser de carácter estatal o no, es una manifestación delictiva en la que concurre un número plural de personas, de carácter piramidal y de estructura jerárquica, dentro de la cual los órganos que toman las decisiones no son los mismos que los que las ejecutan; es más, los agentes encargados de realizar el delito –que suelen ser plurales y sólo conocen de forma parcial el designio- no participan en la estructuración del plan delictivo, piénsese por ejemplo en las maquinarias sanguinarias de poder propias del régimen nazi, las “guerrillas” o las agrupaciones paramilitares colombianas.

Los aparatos organizados de poder cuentan con una estructura vertical y en ella se sitúan jefes o mandos directivos, desde donde se gestan y toman e imparten las órdenes, éstas llegan hasta un último eslabón en donde se ubican los encargados de cumplirlas, llamados ejecutores, quienes no tienen que ver con la decisión original de cometer el delito, ni tampoco con la planificación del mismo, aunque decidan llevar a cabo el encargo.

Con base en la idea previa, cabe ahora señalar en que se diferencia la citada estructura criminal, del concierto para delinquir, la delincuencia común y las *Joint Criminal Enterprise* (Empresa Criminal Conjunta). El primero de ellos -el *concierto para delinquir*- se desprende de la introducción de construcciones delictivas especiales llamadas a castigar a grupos de criminalidad organizada, cuando realizan actividades previas a la ejecución de los delitos para los cuales se asocian (Velasquez Velasquez, 2004).

La segunda forma de organización se presenta cuando los delincuentes comunes actúan solos, en pandilla o asociados, pero su objetivo no es más que delinquir con más seguridad, (por la confianza de actuar en grupo) para obtener

ilícitamente dinero y bienes para repartirlo entre sus miembros; no tienen una organización jerárquica, tampoco operan con una estructura estable, ni con un capital financiero. El orden se mantiene generalmente por intimidación del más agresivo o “el que se haga respetar”(Escobar Henriquez, 2007, págs. 164- 165).

Finalmente, la *Joint criminal enterprise*, con estos términos se designa a todo el ámbito de delitos económicos que actúa en las empresas para lesionar sus bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los de sus colaboradores (Lascano, 2013), o de acuerdo con la doctrinante Londoño (2013), son modelos de atribución de responsabilidad, en donde interviene un grupo de personas que no tienen que estar organizadas mediante una estructura militar, política o administrativa y que de acuerdo con un plan, designio o propósito común que se puede materializar sobre la marcha, llevan a cabo la comisión de delitos.

- Exordio a la responsabilidad penal de los jefes e intermediarios de los aparatos organizados de poder

En Colombia uno de los grandes problemas de criminalidad que se presenta, no solo es la pluralidad de personas que participan en una conducta punible y las modalidades de autoría y participación que en ella se observan, sino también el grado de responsabilidad individual que debe imputarse a cada persona, que actúa con distinto grado de intervención, cuando se trata de estructuras jerarquizadas de poder (Muñoz Conde, 2012). Al respecto, Roxin (Suarez Lopez C. A., 2012) plantea que se trata de un grupo de personas que ostentan una maquinaria de poder para el crimen, por ejemplo: una organización criminal terrorista, paramilitar, guerrillera, o incluso una estatal, como sucedió con el régimen nacionalsocialista, en relación con el exterminio de la raza judía; por lo tanto, éstas no son bandas criminales comunes y corrientes (concierto para delinquir, tráfico de estupefacientes, extorsiones y hurtos), porque éstas tienen una estructura horizontal y sin dirección de mando jerarquizado.

En contraste con lo anterior, las estructuras verticales operan mediante un eje de mando y una permanencia en el tiempo y sus órdenes ilícitas se gestan desde del vértice y sin duda alguna se cumplirán, dado que el delito va tomando fuerza en diferentes etapas, El génesis del delito está en la cúspide de la organización, en donde se idea, decide y ordena el acto punible hasta llegar al último eslabón, quien será el encargado de ejecutarlo.

Sin lugar a dudas, parece razonable que a cada uno de los miembros de la mencionada organización le corresponde una responsabilidad penal, la primera de las posturas elaboradas dentro de la dogmática penal, es sancionar a los dirigentes de estas organizaciones y a sus intermediarios como autores (coautores) (Günther, 1995), a los autores mediatos (Claus, 1999) o a los autores accesorios (Suarez Lopez C. A., 2012) o bien a los partícipes, determinadores (Zaffaroni, 2006) o a los cómplices (Hernandez Plasencia, 1996).

A pesar de lo anterior, resulta difícil afirmar que los jefes de escritorio sean considerados coautores, dado que no son ellos quienes realizan la conducta típica, o la ejecución de los actos, sino que se valen de un instrumento, lo que supondría la autoría mediata, expuesta por Claus Roxin (Claus, 1999), ésta no sólo se configura cuando el sujeto de adelante obra bajo error, ignorancia o coacción, sino también, cuando se trata de un miembro que pertenece a una estructura de poder organizada, dentro de la cual el ejecutor material desencadena su actuar con pleno conocimiento, voluntad o libertad viciada. Los referidos presupuestos, de cierta forma no se cumplen, y desatenderlos, en observancia a lo que argumenta Roxin, equivaldría a romper los límites de tipo penal y actuar fuera del principio de legalidad, lo que daría paso para descartar de entrada la autoría mediata.

La segunda postura dogmático-penal, que tratadistas como Enrique Gimbernat Ordeig han planteado, es responsabilizar a los cabecillas de estas organizaciones

y a sus intermediarios como partícipes (determinadores o cómplices), porque aunque no son los encargados de cometer de forma directa el delito, aportan en cierta parte a la ejecución del mismo, lo cual parecería acertado; no obstante, responsabilizar a los jefes de las cúpulas guerrilleras, paramilitares, terroristas o narcotraficantes, sólo a título de partícipes, resulta baladí, porque son ellos quienes idean el plan, lo controlan y ordenan la forma cómo ha de llevarse a cabo el injusto, su intervención es más predominante que la de los mismos ejecutores, ya que estos, finalmente, pueden ser cualesquiera de los otros miembros que conforman la organización criminal, mientras que sin la orden, planificación y control de la misma, por parte de los jefes, muy seguramente el delito no se realizaría.

- **Un vistazo a las principales teorías -Teoría de Roxin - la autoría mediata en los aparatos organizados de poder**

La teoría propuesta por el alemán Claus Roxin (Claus, 1999), es una de las más importantes, la que mejor acogida ha tenido respecto a la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales y sus intermediarios con mando, por los delitos acaecidos a través de éstas; según lo manifestado por el autor, tanto los jefes como los intermediarios, deben asumir la responsabilidad de *autores mediatos* por estos crímenes, aun cuando no los hayan realizado directamente.

En efecto, el citado Profesor, señala que, la autoría mediata no sólo se da cuando el ejecutor material o "*sujeto de adelante*" (Vordermann) actúa bajo error o coacción, sino también, mediante la utilización de aparatos o maquinarias de poder organizado, en donde el miembro que actúa en estos, cumple la orden que el jefe de dichas estructuras le ha impartido o que le ha sido transmitida a través de un intermediario, dado que su voluntad se encuentra doblegada por el sujeto de atrás.

Lo anterior es factible, si una estructura organizada de poder funciona automáticamente sin que interese quien sea el ejecutor en concreto, ya que el *sujeto de atrás* (*Hintermann*) emite la orden de matar confiando en que esa orden se va a cumplir a cabalidad, sin que sea necesario acudir a medios coercitivos o engañosos o que necesariamente deba conocer al autor material, puesto que si éste evade cumplir lo encomendado, inmediatamente otro lo va a suplantar, por ser un sujeto intercambiable, sin que ello afecte la realización global del plan.

Como ejemplo para sustentar la teoría en comento (*autoría mediata*), Roxin cita los casos “Statschynskij” y “*Eichmann*”(Velasquez Velasquez, 2004), en el primero de ellos, el servicio secreto de la Unión Soviética encargó a un agente con ese apellido, el asesinato de dos exiliados políticos en la República Federal Alemana (Suarez Lopez C. A., 2012), “Statschynskij” ejecutó la orden de matar a las víctimas seleccionadas, utilizando una pistola con munición envenenada. Este caso ha sido objeto de mucha controversia, pues, el Tribunal Supremo Federal de la Alemania Occidental, consideró que el agente era un simple cómplice, dado que a él no le interesaba el hecho, sino a sus jefes; es decir, que obró bajo un interés ajeno y por tal razón no podía ser responsable a título de autor. Muy atinadas son las críticas que a esta teoría se le endosan, porque no puede considerarse cómplice a quien ejecuta directamente el delito y tiene el dominio de la acción, por el simple hecho de que, él no es el interesado en el hecho, sino quienes le encomendaron el asesinato. En el segundo caso, Adolf “*Eichmann*”(Suarez Lopez C. A., 2012) fue condenado por un Tribunal de Jerusalén, al declararlo culpable por el genocidio de muchos judíos, porque era el encargado de localizar judíos en los países invadidos y coordinar su transporte hasta los campos de concentración alemanes, en donde eran exterminados.

La defensa de Eichmann, se fundamentó principalmente aduciendo que la intervención de su representado era insignificante, porque si hubiese incumplido las órdenes dadas por sus superiores, la ejecución de los judíos no hubiese sido anulada, pues otro lo habría reemplazado; y en similar forma lo señaló Enrique

Gimbernát Ordeig (Gimbernát Ordeig, 1996), aduciendo que, quien decidía desde su despacho, el destino de millares de judíos, sólo podía ser considerado cómplice.

En ese orden y para configurar la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizado, el tratadista Germano planteó tres elementos: (I) *El dominio de la organización por parte de los autores mediatos*(Velasquez V, 2013), (II) *Disponibilidad del ejecutor en relación con el hecho*(Velásquez, 2011), (III) *Fungibilidad de los ejecutores materiales*; y (IV) *la desvinculación del ordenamiento jurídico por parte de la estructura organizada de poder*.

- Dominio de la organización por parte de los autores mediatos

Para Claus Roxin, el dominio del hecho de las organizaciones criminales(Gil Gil, 2008), por parte de los Jerarcas y sus intermediarios radica en que éstos ejercen mando sobre las mismas y tienen a su disposición una potente maquinaria personal, que sin duda es clave para llevar a cabo los crímenes, sin que su realización dependa autónomamente de ejecutores concretos, lo que significa que los jefes de la cúpula confían en que sus decisiones van a ser ejecutadas con plena seguridad, pero si alguno de los miembros de la organización se niega a ejecutarlas, automáticamente éste va a ser reemplazado por otro que si las va a cumplir.

Roxin afirma que el componente esencial para fundamentar el dominio de la voluntad en esta forma de autoría mediata, es la *fungibilidad del ejecutor* que actúa como un instrumento “del hombre de atrás” para quien el ejecutor no aparece como una persona que obra de forma libre y responsable, sino como una figura anónima y reemplazable en cualquier momento. *“El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción; sin embargo, es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él al centro del acontecer”* (Cadavid Londoño, 2013).

Esto significa que la realización del delito no depende del ejecutor de la conducta, porque éste solamente ocupa una posición de subordinación en la estructura de poder, al punto de que puede ser intercambiable y, por ello, aun cuando se oponga a la comisión de la conducta, no va a frustrar los planes del superior porque el mismo podrá acudir a otro ejecutor para que cumpla su orden (Cadavid Londoño, 2013).

- Excepción al Principio de Responsabilidad

En efecto, el principio de propia responsabilidad indica que cada quien es responsable sólo de su propia actuación (queda determinar cuáles son los criterios para esclarecer cuándo la actuación es propia y cuando ajena). Ello resulta de entender que cada persona actúa dentro del ejercicio del libre desarrollo de su personalidad y que su decisión por incidir en derechos ajenos, ciertamente permite imputarle actos como suyos; pero es claro también, que el principio de interdicción del exceso proscribiera traspasar el límite de la propia actuación; de suerte que el individuo movido por una norma subjetiva de determinación que dimana del Estado y que ha volcado su actuar de manera contraria al querer de aquél es responsable de ese acto que se le imputa como suyo. Así la decisión de participar en hecho ajeno no se funda en un injusto ajeno sino en un injusto propio (Reyes Cuartaas, 2015).

Como se aludió antes, la autoría mediata supone el error, la ignorancia o la coacción, dentro de la cual el ejecutor material no obra con plena consciencia y libertad, la autoría de este sujeto instrumento debe quedar excluida de responsabilidad, y aquella sólo debe recaer en el hombre de atrás, empero, a diferencia de estos supuestos en la tesis Roxiniana, el hombre de adelante si actúa con plena consciencia, voluntad y libertad y por lo tanto debe responder penalmente como autor directo o como coautores si son varios los que ejecutan la acción

delictual, dado que, la excepción la constituye, ciertamente, la autoría por medio de estructuras de poder organizado, en donde, el dominio de la organización tiene como presupuesto la existencia de una organización estructurada de modo jerárquico y estricto.

El dominio del hecho no se da por dominio de la voluntad del ejecutor, en cuyo caso no sería necesario acudir a esta otra forma de coautoría mediata porque bastaría la de la coacción, más bien ésta se da por la posición del instrumento dentro de la estructura, que permite ser dominado por sus superiores jerárquicos a través de la maquinaria de poder, que opera como el medio de imposición de la orden entre quien la da y el que la ejecuta, no sin antes pasar por los intermediarios, quienes con capacidad de mando, la comunican a los subordinados hasta llegar al último eslabón de la cadena, éste ejecutará el delito. Esto pone de presente que en esta forma de autoría mediata se da la figura del autor tras el autor, no conciliable con “el principio de responsabilidad”(Claus, 1999).

Cabe señalar que con lo expuesto, se quiere significar que, hay una clara ruptura del principio de responsabilidad, porque se atribuye la plena responsabilidad penal al ejecutor material, quien pese a ser un instrumento del hombre de atrás, es calificado como autor inmediato.

- Críticas a la Teoría de Claus Roxin

A pesar de que la teoría de los aparatos de poder organizado, de Claus Roxin, ha incrementado su auge, tanto a nivel nacional como internacional, no es ajena a las diversas críticas que un amplio sector de la doctrina le ha formulado, las cuales se precisan a continuación:

Se ha dicho que la tesis Roxiniana, se presenta cuando hay dominio de la voluntad mediante estructuras de poder organizadas, en las que se castiga como

autores mediatos a los dirigentes de organizaciones criminales, por el superior dominio que ejercen sobre el hecho, pese a la ausencia de coacción o error respecto de los ejecutores, lo cual indica que hay exclusión del principio de responsabilidad, esto es, el ejecutor es un sujeto que obra con voluntad, conciencia y libertad y por consiguiente, está supeditado a la maquinaria de poder.

De acuerdo con lo anterior, la mentada construcción no corresponde al diseño tradicional de la autoría mediata, pues recuérdese que en ésta, el instrumento utilizado obra en una situación de error, ignorancia, ausencia de dolo, coacción o bien en otra causal eximente de responsabilidad (Velásquez, 2011), lo que significa que, la tesis de Roxin, efectivamente transgrede el principio de responsabilidad (Reyes Alvarado, 2005).

Para sostener su teoría Roxin afirma que el hombre de adelante es fungible y por tanto, dentro de la maquinaria de poder son simples ruedecillas intercambiables, de modo que, al hombre de atrás no le interesa quien cumple sus órdenes, pues de todas maneras éste confía en que van ser consumadas.

Bajo la perspectiva anterior, la doctrina sustenta que no hay dominio de la organización por el simple hecho de que el autor material sea del engranaje de poder, una ruedecilla sustituible en cualquier momento, ya que, si para llevar a cabo la conducta punible se requiere de un agente especialista, dicho aparato de poder no va a funcionar; salvo que la organización se cuente con un sinnúmero de especialistas que permitan la sustitución del agente que se negó a realizar el delito. Verbigracia: en el caso de los disparos en el muro de Berlín, si un guardia de frontera se hubiese negado a disparar a un fugitivo y no hubiere habido ningún otro guardia en ese lugar, nadie podría haber impedido esa fuga; entonces, sin duda alguna se negaría, el dominio del hecho, que el Jefe de la banda tiene sobre el vértice de la organización (Suarez Lopez C. A., 2012).

- Teorías opuestas a la tesis de Roxin

La primera de ellas, es la *tesis de la coautoría*, que se opone a la arquitectura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder criminal, pues autores como Jescheck y Weigend, señalan que, el “autor de la mesa de despacho” que controla la organización sólo puede ser autor mediato cuando los ejecutores no puedan ser considerados como autores responsables de manera plena, pues si lo son, “la persona que ocupa la posición central de la organización es coautor precisamente porque domina la organización”(Suarez Sanchez, 2007, pág. 239), ello significa que, si el ejecutor material es responsable penalmente, la mentada tesis de Roxin queda sin piso jurídico, de forma que, tanto el sujeto que desde la cima domina la organización e imparte la orden delictiva, como el que la ejecuta materialmente con dolo y plena responsabilidad, encuadran perfectamente en la categoría de la **coautoría**(Lascano, 2013), porque hay una división de trabajo y un dominio del hecho compartido; además, si no existe un dominio funcional del hecho posiblemente se esté frente a la figura de un partícipe.

La postura de la coautoría es respaldada por Jakobs, quien asiente que, apreciar la autoría mediata es, sin embargo tan superfluo como nocivo. Es superfluo porque con la superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante; mientras que la teoría del dominio del hecho, en la versión de que las aportaciones son necesarias *después* del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte. Conforme a la concepción aquí mantenida, la coautoría, en los supuestos normales, no presenta problema. La construcción de la autoría mediata es nociva, porque en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubrió la vinculación organizativa de todos los intervinientes, tampoco fue siempre forzada, hasta que se convirtió en un hacer común: Sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede

interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas(Günther, 1995).

Además de lo citado, también se configura la coautoría, toda vez que, dentro de la organización existe “una consciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos de las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con las instrucciones de la dirección”, sin que lo anterior implique que entre ellos se conozcan al momento de cumplir cada una de las funciones designadas, como consecuencia de la decisión efectuada (Sanchez Herrera, 2011). Esto por supuesto, sin perjuicio de los elementos que se desprenden de la coautoría : 1) el actuar colectivo; 2) la división de funciones; 3) la no intervención en la fase de ejecución; 4) el contenido del mutuo acuerdo, y 5) los coautores en posición vertical(Cadavid Londoño, 2013, pág. 75).

Desde la perspectiva reiterada, son coautores los que tienen dominio común sobre el hecho colectivo y realizan actos particulares, parciales, pero concatenados, dirigidos al logro del objetivo común; se trata del “*progreso de un común emprendimiento, esto es, en la ejecución por medio de un colectivo*”; de allí que es colectivo el que tiene el dominio sobre esa acción final y, así, lo tienen todos los coautores, aunque ninguno de manera separada.

En esa medida, la intervención de cada sujeto no es considerada de modo individual porque, de procederse de tal forma, se perdería la visión de contexto de su aporte al colectivo y, por ende, de su pertenencia e integración al mismo; de allí que no tenga que sorprender que el coautor pueda culminar su aporte antes de haberse dado inicio a la fase de tentativa(Cadavid Londoño, 2013, págs. 97-98).

En ese sentido entonces, vale aclarar que, no todo aquel miembro del colectivo que haya intervenido en el hecho responderá en igual medida, porque es posible que algunos tuvieran el dominio del hecho y otros no, de forma que la consecuencia

punitiva dependerá de si su aporte concreto le otorgó a ese sujeto en particular el dominio del hecho sobre el acto global, o no, el que lo tenga será autor, el que no, será partícipe (Cadavid Londoño, 2013, págs. 93-95).

Lo esencial es que el sujeto controle de alguna forma el desarrollo funcional del actuar colectivo y, así, la consumación del delito, independientemente de dónde o cuándo efectúe su aporte. Quien tenga control sobre el colectivo, y entonces sobre la realización del comportamiento que deriva en la producción del resultado será autor, aun cuando no haya estado presente físicamente ni se haya manifestado a distancia cuando el ejecutor disparó. La ausencia física no le impedirá tener necesariamente el dominio positivo del hecho, de la ejecución del delito. (Cadavid Londoño, 2013, págs. 97-98).

Otro aspecto relevante es el contenido de mutuo acuerdo, éste elemento es uno de los más relevantes para el planteamiento de la tesis de la coautoría y para responder al problema de la responsabilidad penal del superior, en la medida en que es una de las críticas más reiteradas de las que se formulan a esta postura; en efecto se plantea que entre superiores e inferiores no hay resolución común al hecho, porque el primero lo que da es una orden, respecto de la cual, además, conoce su seguro cumplimiento, no hay acuerdo mutuo porque esos sujetos no se conocen. (Cadavid Londoño, 2013, págs. 106-107).

La imputación de responsabilidad penal del superior, se basa en el argumento de que éste tiene frente al ejecutor una relación de carácter vertical y no horizontal que se deriva de la estructura jerárquica que identifica a este tipo de organizaciones delincuenciales, característica que se opone a la figura de la coautoría, en la que es el carácter horizontal de la relación entre los sujetos lo que rige el funcionamiento de dicha interacción, dado que los coautores se integran en un mismo plano y nivel relacional (Cadavid Londoño, 2013).

A pesar de los sustentos que sobre la coautoría se han constituido, aquella no ha escapado a los serios reparos, entre ellos, el mismísimo Roxin le ha formulado diversas objeciones: (i) falta la decisión conjunta de realizar el hecho, porque en una organización jerárquica uno ordena y el otro ejecuta la orden, pero muchas veces ambos sujetos ni se conocen, (ii) no existe una ejecución conjunta del hecho –otro de los requisitos de la coautoría- pues de ninguna manera se hallan entrelazadas las acciones del sujeto que está en la cúspide de la organización y del subordinado. El “*burócrata*” no ejecuta nada por sí mismo, “*no se ensucia las manos*”, sino que se sirve del ejecutor, (iii) se deja de lado la diferencia básica entre la coautoría y la autoría mediata: ésta se encuentra coordinada en sentido *vertical* (de arriba hacia abajo, del que ordena al ejecutor); mientras de la coautoría lo está en plano *horizontal* (como actividades equivalentes, fundamentadoras de una comunidad).(Lascano, 2013).

- Tesis de la autoría accesoria

Bockelman, Volk y Murmann (Suarez Sanchez, 2007), ratifican que cuando se trata de aparatos de poder estatal, se configura la autoría accesoria o coautoría impropia, en virtud a que se lesiona a la víctima dualmente: la primera de ellas, se da cuando el que obra de manera inmediata transforma su propia relación con la víctima en injusto y la segunda surge de la decisión del Estado hacia los ciudadanos.

Como es lógico, a esta postura también se le han encontrado varias objeciones de peso: empezando porque las estructuras organizadas de poder no son siempre de naturaleza *estatal*; igualmente existen organizaciones paramilitares, terroristas, guerrilleras o mafiosas que actúan al margen de la ley y por ello no cabría la explicación de la doble lesión a la víctima.

En segundo lugar, en la autoría accesoria hay ausencia del acuerdo común y conjunto al hecho, lo cual impide hablar de coautoría, pues los sujetos que intervienen en la ejecución del ilícito lo hacen sin acuerdo previo o concomitante de voluntades, lo que significa que, cada uno de los sujetos es responsable a título de autor de forma independiente.

Asimismo, en estos casos no se dan los supuestos de la autoría accesoria, por cuanto el autor de escritorio no causa ningún daño directo a la víctima y tampoco hay una ejecución conjunta del delito entre el jefe de la cúpula que da la orden y el que la recibe y la realiza, lo que de lleno permite rechazar la mentada teoría.

- **Teoría de la *joint enterprise criminal* (empresa criminal conjunta)**

En el Derecho Penal Internacional, para imputar la responsabilidad penal, cuando de Aparatos Organizados de Poder se trata, se ha acudido al concepto de la *Joint Enterprise Criminal*, definida como: “*un acuerdo común, expreso o tácito, para cometer ciertos actos criminales con un objetivo o finalidad criminal trascendente*”.(Suarez Lopez C. A., 2012, pág. 86).

En este orden de ideas, si bien el término “criminalidad organizada” se puede emplear en aquellos casos en que el Estado utiliza el poder que le es inherente, también lo hacen las organizaciones que están a su disposición (policía, ejército, agencias secretas, entre otras); así mismo dicho término es empleado por las bandas mafiosas que operan al margen de la ley, por los de grupos guerrilleros, paramilitares y terroristas. No puede decirse lo mismo respecto de la empresas comerciales, pues la mayoría de éstas no expresan una actitud criminal, ni persiguen fines delictivos, ni operan como organizaciones criminales; es decir, la actividad principal no es delito, aunque en el desarrollo de su actividad empresarial los representantes legales u órganos de representación cometan delitos para lograr sus objetivos financieros o empresariales, quienes responderán como autores

inmediatos, mediatos (por error o coacción), coautores o partícipes, pero no necesariamente como autores mediatos por la forma de la estructura de poder organizada (Suarez Sanchez, 2007, pág. 341).

De acuerdo con lo anteriormente mencionado, la figura de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder criminal, no aplica en organizaciones empresariales porque las personas que allí laboran, pese a la presión que pueden tener, no obran por error o de forma coaccionada; pues de ser así, el instrumento utilizado para la realización del ilícito actuaría inculpablemente, en tanto que sólo respondería el hombre de atrás. Asimismo, otro de los problemas para aplicar la figura de la autoría mediata de Roxin en el ámbito empresarial, es el de la fungibilidad del instrumento debido a las peculiaridades de la estructura organizativa empresarial (...): la conjunción de la fungibilidad del ejecutor, el mejor conocimiento de la situación global por parte de ciertos sujetos, la jerarquización de órdenes e instrucciones, la existencia de fuertes mecanismos de fidelización de los empleados en ciertas empresas, entre otros, éstos pueden hacer más fácil que en otros ámbitos afirmar la autoría mediata de ciertos sujetos (sin que ello suponga la irresponsabilidad de otros más cercanos a la ejecución), si bien tampoco debe descartarse aquí la existencia de supuestos de coautoría (no siempre “horizontal”) y, desde luego y con frecuencia, de autoría unos y participación de otros (Miguel, 2013).

A lo antes mencionado se añade, no sobra aclarar que en el campo empresarial, el ejecutor no es un anónimo intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos y que, por eso mismo, es difícilmente sustituible (piénsese, por ejemplo, en un cualificado especialista en contabilidad o en cuestiones fiscales, o en un buen conocedor del funcionamiento del mercado bursátil o de las transferencias o creación de fondos en paraísos fiscales). Pero posea o no estos conocimientos técnicos especiales, la mayoría de veces no es más que un instrumento que actúa

sin intención, limitándose a realizar la conducta, siguiendo las instrucciones que se le dan, sin que ello le suponga directamente ningún provecho penal, ni conciencia de participación en una operación delictiva (Muñoz Conde, 2012).

A pesar de los cimientos de esta teoría en el campo empresarial, en Colombia es de muy dudosa constitucionalidad, porque para imputar la responsabilidad tanto a los autores de despacho como a sus intermediarios, debe atenderse lo establecido en el artículo 25 numeral 3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que a su tenor reza:

“Será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable (...).”

De forma que, acoger dicha premisa, sería condenar a un ser humano que no realiza ningún acto con conciencia y voluntad, sino más bien es generado por éstas; por ejemplo: la manera de ser o de pensar (Suarez Lopez C. A., 2012), lo referido, menguaría los principios de *Acto* y de *Legalidad*, desdibujando por tanto el Estado Social y Democrático de Derecho, en cuya cabeza está la protección de los bienes jurídicos de cada persona.

8.4 CONCLUSIONES

- La teoría de Claus Roxin, sobre la autoría mediata relacionada con los Aparatos Organizados de Poder, parece ser la más acertada para dar solución a la problemática de la responsabilidad penal por los crímenes que se cometen a través de las organizaciones criminales que les corresponde a los jefes y a sus intermediarios con mando dentro de las mismas. Sin embargo, en el derecho penal colombiano, su aplicación no sólo es imposible, sino además difusa, de

acuerdo con la definición de autoría mediata consignada en el artículo 29, del estatuto criminal colombiano, será autor: “...*quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento*”, lo dicho significa que el instrumento utilizado para la comisión de un delito, no será responsablemente penalmente.

- Dentro de este contexto la coautoría, la autoría accesoria, la determinación y la *Joint Criminal Enterprise*, no se aplican, pues en el primer y segundo caso, el elemento consustancial del acuerdo y resolución delictiva común, no pueden suplirse por la sencilla razón de que los sujetos pertenecen a un Aparato Organizado de Poder; en la tercera de las figuras, según lo previsto en el inciso 2, del artículo 30 del citado estatuto, la inducción sólo es aplicable cuando ésta se efectúa de forma directa; finalmente la tesis de la Empresa Criminal Conjunta, de plano queda descartada, ya que, de conformidad con los valores y principios del derecho penal constitucional, bajo ninguna circunstancia puede aplicarse el concepto extensivo de autor.
- Aunque en Colombia, el debate sobre la teoría de la autoría mediata de Roxin, en las Estructuras Organizadas de Poder, recién se está discutiendo, y a pesar de los ajustes que se le hagan, su aplicación es muy incipiente, utilizarla sería tanto como aplicar institutos o dispositivos inexistentes en la ley penal, que finalmente terminarían quebrantando el principio de legalidad, culpabilidad, de acto, seguridad jurídica entre otros.
- Las diversas teorías que se han construido sobre los Aparatos Organizados de Poder, son ajenas al derecho penal colombiano; pero esto no implica que en las mismas no se den verdaderos casos de autoría mediata, coautoría, inducción o complicidad, en donde factiblemente la imputación que deba endilgarse a los dirigentes o intermediarios por los crímenes cometidos bajo su mando sea bajo esos institutos.

- En efecto, tanto la tesis de Roxin, como las reseñadas en los acápites anteriores, son inadmisibles en nuestro medio, cuando se trata de administrar justicia, pues algunos de los fallos hasta ahora emitidos, y que tocan con temas sobre paramilitarismo o grupos al margen de la ley, desconocen la dogmática de cada uno de los fenómenos tradicionales que se han construido sobre autoría, autoría mediata, coautoría, determinación y complicidad, tratando de alcanzar la justicia a cualquier precio.
- En Colombia, para dar solución al tema de la responsabilidad penal, que debe imputarse tanto a los jefes como a los intermediarios con cierta autoridad en los Aparatos de Poder Organizado, no es la de la autoría mediata de Roxin u otra construcción doctrinaria similar, porque cuando se estudian individual y conjuntamente, sin asomo de duda, padecen de graves defectos, y debido a la manera como las aplican los operadores de la justicia, no sólo invaden el ámbito del legislador, sino que también, traen consigo graves consecuencias dogmáticas. Por consiguiente, el legislador con apoyo de la academia, deben ser quienes de forma seria formulen nuevas alternativas capaces de atenuar esta problemática que tanto ha azotado a éste país y que aún es materia de debate.
- Finalmente, aunque esta problemática se discute cada vez más con el propósito de no dejar impune ninguno de estos crímenes (genocidios, crímenes de Lesa Humanidad), es necesario acudir no sólo a las disposiciones legales, sino también a los valores y principios del Derecho Penal Constitucional e Internacional, pero para tal efecto el operador judicial en cada situación concreta, debe evaluar los requisitos dogmáticos de la autoría y participación que se encuentren bajo su examen y en atención a las pruebas recaudadas, determinar si la responsabilidad que debe endilgarse a los sujetos que actúan en el marco de estas organizaciones criminales es a título de autor, o de partícipe según las

particularidades de cada caso. Lo enunciado respetando por supuesto los derechos e intereses tanto de las víctimas como de los procesados.

8.5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ambos, K. (2008). *El caso alemán- Imputacion de crímenes de los subordinados*. Bogotá: Temis.

Cadavid Londoño, P. (2013). *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter criminal*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes e Ibañez.

Claus, R. (1999). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Septima ed.). (J. Serrano Gonzalez, Trad.) Madrid: Marcial Pons.

Escobar Henríquez, F. (2007). Delincuencia Organizada - Responsabilidad Penal. *Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla* , 163.

Gil Gil, A. (2008). *Imputacion de crímenes de los subordinados al dirigente*. Bogotá: Temis.

Gimbernat Ordeig, E. (1996). *Autor y complice en derecho penal*,. Madrid: Universidad de Madrid.

Günther, J. (1995). *Derecho penal, parte general, "fundamentos y teoría de la imputación"* (Segunda ed.). (J. C. Serrano, Trad.) Madrid: Marcial Pons.

Hernandez Plasencia, U. (1996). *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Comares.

Lascano, C. J. (15 de Septiembre de 2013). *Centro de Investigación Interdisciplinaria en derecho penal económico CIIDPE*. Obtenido de http://www.ciidpe.com.ar/area1/APARATOS_ORGANIZADOS_DE_PODER_Y_DE_LITOS_EMPRESARIALES._LASCANO.pdf

Miguel, D. &. (20 de febrero de 2013). *Derecho- Universidad Chile*. Obtenido de http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf

Muñoz Conde, F. (2012). *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis.

Reyes Alvarado, Y. (2005). *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis.

Reyes Cuartaas, J. F. (27 de Enero de 2015). *La autoria mediataa con apartos organizados de poder*. Obtenido de http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numer/71/joseFernandoReyes.pdf

Sanchez Herrera, E. (2011). La autoria en los apratos organizados de poder. La situacion en la jurisprudencia nacional. *Revista Huella de la Fiscalia* , 130.

Suarez Lopez, C. A. (25 de Agosto de 2012). *Aproximacion a la problematica de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de Derecho Comparado*. Obtenido de Fiscalía General de la Nación: <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/02/huellas-72.pdf>

Suarez Lopez, C. A. (2012). *Aproximacion a la problematica de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de Derecho Comaprado*. Obtenido de Fiscalía General de Nación: www.fiscalia.gov.co

Suarez López, C. (Julio de 2011). Aproximacion a la problematica de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales. *Revista Huellas de la Fiscalia General de la Nacion* , 26.

Suarez Sanchez, A. (2007). *Autoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Velasquez V, F. (2013). *Derecho penal y critica al poder punitivo del Estado*. Bogotá: Ibañez.

Velasquez Velasquez, F. (2004). *Manual de derecho penal, parte general* (Segunda ed.). Bogotá, Colombia: Temis.

Velásquez, F. (2011). Los Lideres paramilitares:¿Autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?, imputación, causalidad y ciencia - III. *Revista de Derecho Penal* , 82-83.

Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de derecho penal, parte general* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: EDIAR.



RED

de Grupos y Centros de
INVESTIGACIÓN
Jurídica y Sociojurídica



Universidad Cooperativa
de Colombia

